This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

Pd. June, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO V

3197
Spain. Laws, statutes, etc. Codes, Civil
X
C

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

885

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO V

Afianzamiento, ejercicio, cuentas y registro de las tutelas.—Consejo de familia.—Emancipación y mayor edad.—Registro del estado civil.

TERCERA EDICIÓN

3

MADRID
IMPRENTA DE RICARDO ROJAS
Campomanes, 8.—Teléfono 3.071.

1893

Es propiedad del autor,
quedando hecho el depósito
que marca la ley.

Rec. Mar. 26, 1900.

ADVERTENCIA

Habiéndose publicado en el tomo IV, el estudio comparativo entre las materias comprendidas en los cuatro últimos títulos del libro primero del Código civil y las correspondientes de los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros, nos vemos obligados, para no repetir lo anteriormente expuesto, á publicar tan sólo en el presente tomo, el sumario de las cuestiones en él contenidas, indicando las páginas del tomo IV en donde se hallan expuestas, á fin de facilitar el estudio de las mismas.

CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (capítulos VIII, IX, X y XI del tít. IX, y títulos X, XI y XII del lib. I) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

Capítulo VI: Del consejo de familia (artículos 190 al 201).—Capítulo IX: De la administración de la tutela (artículos 218 al 253).—Capítulo X: De la extinción de la tutela (art. 254).—Capítulo XI: De las cuentas de la tutela (artículos 255 al 266).

Véase tomo IV, páginas 7, 9 *y* 10.

EMANCIPACIÓN Y MAYOR EDAD

Libro I.—Título IX.—Artículos 272 al 277.

Capítulo I: De la emancipación (artículos 272 al 275).—Capítulo II: De la mayor edad (artículos 276 y 277).

Véase tomo IV, pág. 11.

REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título XII.—Artículos 334 al 378.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 334 al 347).—Capítulo II: De las partidas de nacimiento (artículos 348 al 357).—Capítulo III: De las partidas de reconocimiento y legitimación de los hijos (artículos 358 y 359).—Capítulo IV: De las partidas de matrimonios (artículos 360 y 361).—Capítulo V: De las partidas de defunción (artículos 362 al 374).—Capítulo VI: De la rectificación del registro (artículos 375 al 378).

Véase tomo IV, pág. 14.

PROYECTO DE 1882

Capítulo VIII: Del afianzamiento de la tutela (artículos 218 al 226).—Capítulo IX: Del ejercicio de la tutela (artículos 227 al 244).—Capítulo X: De las cuentas de la tutela (artículos 245 al 253).—Capítulo XI: Del registro de las tutelas (artículos 254 al 258).—Título VIII: Del consejo de familia.—Sección 1.ª: De la formación del consejo de familia (artículos 259 al 268).—Sección 2.ª: De la manera de proceder el consejo de familia (artículos 269 al 279).

Véase tomo IV, pág. 18.

EMANCIPACIÓN Y MAYOR EDAD

Libro I.—Título IX.—Artículos 280 al 287.

Capítulo I: De la emancipación (artículos 280 al 285).—Capítulo II: De la mayor edad (artículos 286 y 287).

Véase tomo IV, pág. 19.

REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título X.—Artículos 288 al 334.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 288 al 301).—Capítulo II: De la inscripción de los nacimientos (artículos 302 al 311).—Capítulo III: De la inscripción de los matrimonios (artículos 312 al 315).—Capítulo IV: De la inscripción del reconocimiento y legitimación de los hijos (artículos 316 y 317).—Capítulo V: De la inscripción de las defunciones (artículos 318 al 325).—Capítulo VI: De la inscripción de la naturalización (artículos 326 al 333).—Disposiciones comunes á las secciones anteriores (art. 334).

Véase tomo IV, pág. 20.

BÉLGICA Y FRANCIA

Sección 8.ª: De la administración de la tutela (artículos 450 al 468).—Sección 9.ª: De las cuentas de la tutela (artículos 469 al 475).—Capítulo III: De la emancipación (artículos 476 al 487).

Véase tomo IV, páginas 23, 24, 26 *y* 28.

DE LA MAYOR EDAD, DE LA INTERDICCIÓN y del Asesor judicial.

Libro I.—Título XI.—Artículos 488 al 515.

Capítulo I: De la mayor edad (art. 488).—Capítulo II: De la interdicción (artículos 489 al 512).—Capítulo III: Del consejo judicial (artículos 513 al 515).

Véase tomo IV, pág. 30.

DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título II.—Artículos 34 al 101.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 34 al 54).—Capítulo II: De las actas de nacimiento (artículos 55 al 62).—Capítulo III: De las actas de matrimonio (artículos 63 al 76).—Capítulo IV: De las actas de fallecimiento (artículos 77 al 87).—Capítulo V: De las actas del estado civil, relativas á los militares ausentes del territorio francés ó belga (artículos 88 al 98).—Capítulo VI: De la rectificación de las actas del estado civil (artículos 99 al 101).

Véase tomo IV, pág. 32.

ITALIA

Sección 2.ª: Del consejo de familia (artículos 249 al 263).—Sección 6.ª: Del ejercicio de la tutela (artículos 277 al 301).—Sección 7.ª: De la dación de cuentas de la tutela (artículos 302 al 308).—Capítulo III: De la emancipación (artículos 310 al 322).

Véase tomo IV, páginas 36, 38, 39, 40, 41 *y* 42.

DE LA MAYOR EDAD, DE LA INTERDICCIÓN y de la inhabilitación.

Libro I.—Título X.—Artículos 323 al 342.

Capítulo I: De la mayor edad (art. 323). —Capítulo II: De la interdicción (artículos 324 al 338).—Capítulo III: De la inhabilitación (artículos 339 al 342).

Véase tomo IV, pág. 43.

DE LOS REGISTROS DE LA TUTELA de los menores ó de los interdictos, y de la curatela de los emancipados é inhabilitados.

Libro I.—Título XI.—Artículos 343 al 349.

Véase tomo IV, pág. 46.

DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título XII.—Artículos 350 al 405.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 350 al 371).—Capítulo II: De las actas del nacimiento y reconocimiento de la filiación (artículos 371 al 382). Capítulo III: De las actas de matrimonio (artículos 383 y 384). - Capítulo IV: De las actas de defunción (artículos 385 al 397).—Capítulo V: De las actas del estado civil de los militares en campaña (artículos 398 al 400).—Capítulo VI: De la rectificación de las actas del estado civil (artículos 401 al 403).—Capítulo VII: Disposiciones penales (artículos 404 y 405).

Véase tomo IV, pág. 47.

PORTUGAL

Sección 6.ª: De la formación del consejo de familia (artículos 207 al 219).—Sección 8.ª: De las atribuciones del consejo de familia (artículos 224 al 226). Sección 9.ª: De las personas que pueden excusarse de ser tutores, protutores y vocales del consejo de familia (artículos 227 al 233.)—Sección 10.ª: De las personas que no pueden ser tutores, protutores ni vocales del consejo de familia (art. 234).—Sección 14.ª: De las cuentas de la tutela (artículos 249 al 257).—Sección 22.ª: Del registro de las tutelas (artículos 300 al 303).—Sección 23.ª: De la emancipación (artículos 304 al 310).—Sección 24.ª: De la mayor edad (artículos 311 al 313).

Véase tomo IV, páginas 58, 59, 60, 61 *y* 66.

REGISTRO CIVIL

Parte cuarta.—Libro II.—Capítulo IV.—Sección 3.ª Artículos 2.441 al 2.491.

Sección 3.ª: De la prueba de nacimiento, matrimonio y defunción (artículos 2.441 al 2.441).—Subsección primera: Del Registro civil.—División 1.ª: Disposiciones generales (2.445 al 2.458).—División 2.ª: Del registro de nacimientos (artículos 2.459 al 2.469).—División 3.ª: Del registro de nacimientos en casos especiales (artículos 2.470 al 2.474).—División 4.ª: Del registro de matrimonios (artículos 2.475 al 2.480.)—División 5.ª: Del registro de defunciones (artículos 2.481 al 2.487).—División 6.ª: Del registro de reconocimientoy legitimación (artículos 2.488 al 2.491).

Véase tomo IV, pág. 67.

GUATEMALA

Diligencias y formalidades que preceden al ejercicio de la tutela (artículos 343 al 359).—Administración de la tutela (artículos 360 al 381).—Cuentas de la tutela (artículos 393 al 416).—Mayor edad (artículos 28 al 30).—Emancipación (artículos 298 al 304).—Registro civil (artículos 434 al 499).

Véase tomo IV, páginas 67, 68, 72, 74 *y* 76.

MÉJICO

Capítulo XIII: De la garantía que deben prestar los tutores para asegurar su manejo (artículos 578 al 591).—Capítulo XIV: De la administración de la tutela (artículos 502 al 636).—Capítulo XVI: De las cuentas de la tutela (artículos 638 al 668).—Título XII: De la emancipación y de la mayor edad. Capítulo I: De la emancipación (artículos 689 al 693).—Capítulo II: De la mayor edad (artículos 694 y 695).

Véase tomo IV, páginas 83, 84 *y* 85.

DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL

Libro I.—Título IV.—Artículos 48 al 158.

Capítulo I: Disposiciones generales sobre las actas del estado civil (artículos 48 al 74).—Capítulo II: De las actas de reconocimiento (artículos 75 al 97).—Capítulo III: De las actas de reconocimiento de los hijos naturales (artículos 98 al 105).—Capítulo IV: De las actas de tutela (artículos 106 al 109).—Capítulo V: De las actas de emancipación (artículos 110 al 113).—Capítulo VI: De las actas de matrimonio (artículos 114 al 134).—Capítulo VII: De las actas de defunción (artículos 135 al 148).—Capítulo VIII: De la rectificación de las actas del estado civil (artículos 149 al 158).

Véase tomo IV, pág. 86.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO PRIMERO

TÍTULO IX

De la tutela.

CAPÍTULO VIII

DEL AFIANZAMIENTO DE LA TUTELA

Por razón de conveniencia de un orden tipográfico, hubimos de interrumpir el comentario de materia tan interesante como la tutela, al terminar el capítulo relativo á las excusas que exime á los tutores y protutores del desempeño de su cargo.

Al reanudar hoy nuestro trabajo, podemos repetir la conocida frase de Fray Luis de León, «decíamos ayer,» porque, con efecto, el tomo anterior y el presente constituyen uno solo consagrado al desarrollo de la misma institución jurídica, en la variedad de sus manifestaciones. En el libro último que dimos á la estampa expusimos la tutela apreciándola en la generalidad de su organismo, estudiamos las tres clases, tes-

tamentaría, legítima y dativa, diseñamos la protutela con el detenimiento que se merece, y finalmente, nos detuvimos en consideraciones adecuadas á las causas de inhabilitación y de excusa. Allí hicimos estación atendiendo, no tan sólo á conveniencias tipográficas, cuales eran el volumen del libro y su costo, sino también de un orden científico.

Interrumpir nuestro estudio, v. gr., en el cap. VII hubiera sido dejar sin terminar el cuadro de la tutela en sus lineamientos principales. Al paso que hacer punto de parada en el cap. VIII, que trata del afianzamiento, supone cierto plan por cuanto responde á una meditada división de la materia. Es el afianzamiento por su naturaleza la linde divisoria de la tutela en sus dos aspectos, determinante y determinado. El primero consagrado á dejar sentadas las normas de la guardaduría, los preceptos que propiamente la constituyen; el segundo concerniente al desenvolvimiento de esos preceptos en la práctica, al ejercicio de la tutela. Ahora bien: como requisito previo é indispensable para el ejercicio figura el afianzamiento. He aquí, pues, el motivo en que nos fundamos á la sazón que escribíamos el tomo IV para suspender nuestra labor en el punto en que lo hicimos.

Y expuesta la que podríamos denominar razón del plan que justifica la división de la tutela en dos libros eminentemente prácticos, réstanos trazar algunas breves consideraciones legales que nos den facilísimo acceso al campo peculiar de la obra, es á saber, el análisis de los artículos del Código según las reglas de la sana crítica y los severos preceptos interpretativos.

Por vez primera en la historia de nuestro derecho,

hallamos desarrollada en su verdadero lugar, es decir, en la ley civil sustantiva y con la extensión que requiere, esta importante doctrina del afianzamiento de la tutela. Los cuerpos legales que rigieron en nuestra patria, como el *Forum Judicum*, el Fuero Viejo, el Fuero Real, pasaron silenciosos sin determinar en sus leyes un precepto terminante que asegurase mediante una eficaz garantía la tutela del menor; mas no es de extrañar este silencio en un extremo accidental, cuando por lo que hace al fondo se mostraron tan deficientes, que todos nuestros juristas viéronse en la precisión de recurrir al Código magistral del Rey sabio, que si en la prelación figura con carácter supletorio, ha sido por necesidad y preferencia de juzgadores y letrados, el cuerpo de leyes más frecuentemente empleado.

El cap. VIII, tít. X del libro primero, que estamos estudiando, representa un apreciabilísimo progreso en relación, no ya con la legislación civil derogada, sino con el proyecto de 1851 que ha servido de norma para los sucesivos intentos de codificación hasta la promulgación del Código actual. Sólo un artículo, el 223, dedicó dicho proyecto á la explanación de la doctrina relativa al afianzamiento, consignando que todo tutor, antes de entrar en el ejercicio de su cargo, asegurase con hipoteca las resultas de la administración.

El Código vigente ha procedido con una amplitud de miras digna de elogio y que responde con exactitud á la nueva organización de la tutela. Ya por este lado échase de ver el adelanto en la concordancia de las ideas transformadoras de la institución con el desarrollo de las mismas en el articulado. A la vigilancia del protutor y al celo exquisito que debe suponerse en

el consejo, corresponde la facultad que la ley otorga á este último para admitir en defecto de la fianza hipotecaria y la pignoraticia, la personal. Es evidente que si cada caso de tutela no tuviese su fiscal en el protutor y su tribunal en el consejo, facultado para adoptar todas las medidas necesarias á la mayor seguridad de la guardaduría por lo que respecta al orden económico, no hubiera el legislador concedido tantas facilidades al tutor para la constitución de la fianza.

Cuando era el Juez el llamado á calificarla y á declarar su suficiencia, sólo admitió la ley la garantía hipotecaria y la pignoraticia, y cuidó mucho de establecer un precepto prohibitivo como el del art. 1.866 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que en ningún caso la fianza que el tutor prestase podía ser personal. Su razón de ser tenía, porque de un lado el fárrago indigesto de los autos atareaba lo suficiente al Juez para que se constituyera en espía de tutores y cuidara de que el fiador tuviese la suficiente solvencia, y de otro la apatía de la generalidad privaba al menor de todo apoyo para contrarrestar las perniciosas influencias del tutor mediante una formal denuncia al Juzgado. Hoy este peligro ha desaparecido, porque, como ya hemos dicho, cada caso de tutela tiene su fiscal que espía y denuncia, y un tribunal que juzga, falla y ejecuta. De aquí que el Código, traduciendo fielmente él pensamiento de sus redactores, háyase mostrado más expeditivo en beneficio seguramente del guardador y del pupilo.

No solamente se refleja el adelanto en esta mayor amplitud que hacemos notar. Todo el cap. VIII es un modelo de previsión.

Fíjanse las clases de fianza, determinando las reglas para señalar la cuantía de aquélla; se concede un recurso contra el acuerdo del consejo de familia que califique la garantía y marque su cantidad, previendo de paso y salvando la situación interina que la alzada crea por lo que respecta á la esfera administrativa de la tutela. Dispónese la inscripción de la fianza hipotecaria en el Registro de la propiedad, el depósito de los muebles pignorados, y dícese quiénes deben pedir el depósito.

Finalmente, después de conceder al consejo facultades para exigir el aumento y consentir la disminución de la fianza del tutor, en relación con las altas ó bajas de la fortuna del pupilo, concluye el capítulo estableciendo la excepción de la regla general, en favor del padre, madre, abuelos y tutores nombrados con relevación.

En términos generales, cabe asegurar que el capítulo que va á ser inmediatamente objeto de nuestro estudio contiene cuantas seguridades pueden exigirse en beneficio del pupilo y cuantas garantías pudiera apetecer el tutor.

ART. 252. El tutor, antes de que se le defiera el cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión.

Concordancias.—Análogo al art. 223 del proyecto de Código de 1851, é igual al 218 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 3.ª, *tít. XVIII, ley* 94.—Guardadores ponen los omes a los huerfanos, e a sus bienes. E la carta de tal guarda deue ser fecha en esta manera. Sepan

quantos esta carta vieren, como Rodrigo Esteuan, Alcalde de Seuilla, auiendo fecho emplazar los parientes de Gil Perez, huerfano, veniendo ante el Fulano, e Fulano, escogio a Garci Dominguez, e a Esidro Ruyz, tios deste huerfano, por guardadores del, e de sus bienes, porque les fallaron que eran omes buenos, é de buen testimonio, e desembargados para fazer, e cumplir todas las cosas que pertenecen a esta guarda. E otrosi, porque eran los parientes mas propincos que el huerfano auia. E por ende los otorgo por sus guardadores. Los quales guardadores prometieron, e juraron a mi Fulano Escriuano publico, recibiente por el huerfano que estaba delante, de fazer, e cumplir todas las cosas que son buenas, e prouechosas a aquel huerfano, e de le desuiar, e non fazer las que les fuessen dañosas. E de guardar bien, e lealmente la persona del huerfano, e todos sus bienes. E otrosi de buscar toda su pro del huerfano e señaladamente que fagan escreuir en carta publica todos los bienes, assi muebles como rayzes, que ha, e deue auer de derecho, e de fecho; e de defender, e amparar a buena fe sin mal engaño los derechos del huerfano en juyzio, e fuera de juyzio. E que quando fuere acabado el tiempo en que lo auian a tener en guarda, quel daran quenta bien, e lealmente, de todas las cosas del huerfano que touieron en guarda, e passaron a su poder. E sobre todo dieron los guardadores a Don Martin por fiador: el qual fiador por ruego e mandado de los guardadores sobredichos, prometio a mi Fulano Escriuano publico recibiente por el huerfano, que el faria, e guisaria, de manera, que los guardadores de suso dichos farian todas estas cosas, como sobredichas son en esta carta. E señaladamente, que los bienes del huerfano fincarian en saluo; obligando a si mismo, e a sus herederos, e á sus bienes al Escriuano sobredicho recebiente por el huerfano, e por sus herederos.

Part. 6.ª, *tit XVI, ley* 9.ª—Sin testamento muriendo algun ome, que ouiesse fijos, é non los ouiesse dado guardadores; o si fiziesse testamento, e non les dexasse en guarda de ninguno; o si les dexasse guardadores, e se muriessen ante que el padre delios; si los moços non ouieren madre, nin auuela, mandamos, que los parientes mas cercanos que ouieren, e que estouieren en vn mismo grado, scan guardadores dellos, e de todos sus bienes. E estos guardadores atales son llamados, Legitimos. Pero dezimos, que antes que vsen de los bienes de los moços, deuen dar fiado-

res valiosos al Juez del lugar, que prometan, e se obliguen por los guardadores, que ellos aliñaran, e guardaran bien, e lealmente, los bienes de los huerfanos, e los frutos dellos. E sobre todo, deuen jurar los guardadores, de fazer todas las cosas que sean a pro de los huerfanos que han en guarda, e de non se entremeter de fazer cosa que se torne a daño dellos. E que guardaran lealmente sus personas, e sus cosas. Mas si los huerfanos sobredichos ouiessen madre, o auuela, que quisiesse guardar los huerfanos, e sus bienes; estonze dezimos, que la madre lo puede fazer, ante que ninguno de los otros parientes, solo que sea buena muger, e de recabdo. Pero deue dar, e fazer a los moços primeramente tal segurança, como de suso diximos en la sesta ley ante desta. E si la madre non quisiere entremeterse desto, puede estonce el auuela auer la guarda dellos.

ART. 253. La fianza deberá ser hipotecaria ó pignoraticia.

Sólo se admitirá la personal cuando fuese imposible constituir alguna de las anteriores. La garantía que presten los fiadores no impedirá la adopción de cualesquiera determinaciones útiles para la conservación de los bienes del menor ó incapacitado.

Concordancias.—Análogo al art. 223 del proyecto de Código de 1851 é igual al 219 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 254. La fianza deberá asegurar:

1.° El importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor.

2.° Las rentas ó productos que durante un año rindieren los bienes del menor ó incapacitado.

3.° Las utilidades que durante un año pueda percibir el menor de cualquier empresa mercantil ó industrial.

Concordancias.—Igual al art. 220 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 252, 253 Y 254.—Entre los contratos que podemos denominar, con Ahrens, accesorios ó relativos que tienden á garantizar una obligación, bien provenga ésta del libre consentimiento de las partes, ó del mandato categórico de la ley, están los de prenda, hipoteca y fianza.

El tutor debe asegurar el resultado desu gestión garantizándola eficazmente, y como los contratos de garantía, según acabamos de ver, son de tres clases, dedúcese de una manera incontrovertible que ora hipotecará sus bienes propios, ora depositará los muebles en lugar seguro, ora, finalmente, recurrirá al auxilio que un extraño le preste, otorgando un contrato de fianza.

Este es el principio general que informa lo que nuestro Código civil califica, con términos no muy precisos, pero á lo menos sancionados por el uso, afianzamiento de la tutela. Y decimos que no son muy precisos, porque la prestación de una garantía hipotecaria ó pignoraticia no supone la intervención de un extraño que se obligue á responder ó cumplir las obligaciones del deudor principal. Antes, por el contrario, el mismo cuerpo legal que comentamos establèce en el art. 1.857 como requisitos esenciales de los contratos de prenda é hipoteca que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca.

Pero nuestro Código, inspirándose en lo que ha venido siendo norma corriente del tecnicismo jurídico en este particular, emplea la palabra afianzamiento en un sentido lato que abarca en su contenido, no solamente los contratos relativos y personalísimos por lo que al tutor respecta de hipoteca y prenda, sino asimismo el de fianza.

Inoficioso é inútil es detenerse en buscar la razón filosófica de esta institución de derecho que tratamos. Aquello que es necesario por su naturaleza, no se dilucida: se reconoce.

Bástanos recordar que el afianzamiento de la tutela aparece consignado en casi todas las legislaciones escritas de los pueblos antiguos y modernos.

Los romanos preceptuaron que para impedir que los bienes de aquellos que estuvieren en tutela ó curatela se consu nieren ó menoscabasen por los tutores ó curadores, debía el pretor cuidar que dieran fianza, á excepción de los tutores testamentarios y aquellos elegidos en virtud de investigación.

Esta doctrina del Derecho romano es análoga á la que nuestras Partidas consignan, y para convencerse de ello, basta leer las dos leyes que como precedente anteceden á este comentario. Disputan, no obstante, los expositores respecto á la interpretación de las dos enunciadas leyes 94 del tít. XVIII, Partida 3.ª, y 9.ª del tít. XVI de la 6.ª Partida, que en opinión de muchos se contradicen.

Dice la segunda: «Pero dezimos que ante que vsen de los bienes de los moços, deuen dar fiadores valiosos al Juez del lugar, que prometan e se obliguen por los guardadores, que ellos aliñaran, e guardaran b en e lealmente los bienes de los huerfanos, e los frutos dellos.» La omisión del deber de afianzar que á simple vista se nota en las leyes de Partida que se ocupan de los tutores testamentarios, indujo al tratadista Febrero á sostener, siquiera por paridad con la legislación de Roma, que los dichos tutores, bien fueran los parientes más cercanos, bien los extraños, ajenos completamente á la familia, ora estuvieren confirmados por el Juez, ora no lo estuvieren, se hallaban exentos de la obligación de afianzar, no sólo por el hecho innegable del mutismo de la ley, sino también por la consideración razonada de que al nombrarlos el testador, es visto que aprobó su fe y diligencia para la guarda de la persona y la administración de los bienes del huérfano.

Enfrente de la doctrina sostenida por Febrero, cabe oponer la que sustenta Viso. Según este juicioso expositor de nuestro antiguo Derecho civil, es muy dudosa la regla que debe prevalecer respecto al punto debatido, porque si dice mucho el silencio de la ley en un caso, no dice menos la espontaneidad con que se

manifiesta cuando al trazar las reglas que deben seguirse en el otorgamiento de la escritura de aceptación del cargo de tutor, sienta como general la de que una de las cláusulas que debe contener la susodicha escritura, es la referente á la fianza del guardador.

Pero lo cierto es que en medio de la discordancia de pareceres de nuestros civilistas, ha prevalecido siempre el criterio de los juzgadores, los cuales, inclinados por temperamento y por hábito á favorecer al desamparado de sus padres por injuria de la naturaleza, han tendido siempre á rodearlo de una mayor garantía, exigiendo á los tutores, sin distinción de clases, la fianza, salvo en aquellos casos en que hubieren sido nombrados con expresa relevación. Y que este criterio es el que ha prevalecido lo demuestra de una manera categórica la vigente ley de Enjuiciamiento civil, en cuyo art. 1.865 se expresa el precepto general de que no estando relevado el tutor ó curador nombrado de la obligación de dar fianza, se le requerirá para que presente la que el Juez estime necesaria al objeto de garantizar el importe de los bienes muebles y la renta ó producto de los inmuebles que constituyan el caudal del menor ó incapacitado.

Esta regla de derecho sustantivo, colocada por el imperio de las circunstancias en un lugar inadecuado, como es la ley de trámites civiles, ha recabado el que por derecho propio le corresponde en la obra laudable de nuestra codificación.

La precedente excursión histórica nos ha conducido al examen concreto del art. 252, tema del actual comentario. Dice dicho artículo que el tutor, antes de que se *le defiera* el cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión.

La regla no puede ser más sencilla, y por su misma concisión excusaría toda glosa si no fuera porque, cayendo de nuevo el Código en el vicio de no emplear las palabras con el saludable rigor del tecnicismo jurídico, da lugar con su volubilidad á interpretaciones que llevan consigo la censura. Al ocuparnos en otro lugar de esta obra (véase el art. 204, tomo IV) de la significación de la palabra «deferir» dijimos que, según se deduce del Código, en armonía con lo expresado por el Sr. Escriche en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, y por el de la Academia Española, vale tanto como otorgar, conceder, comunicar el poder que radica en el testador, en la ley ó en el consejo de familia, á los que

se hallan capacitados para ejercerlo sobre la persona y bienes del menor ó incapaz.

De aquí se desprende que, tratándose de la tutela, no es posible encajar dentro de la significación jurídica del verbo «deferir» otro concepto que el que dejamos entonces enunciado y hoy reproducimos.

Si la tutela se defiere por testamento, por la ley y por el consejo de familia, es de todo punto evidente que las facultades del tutor derivan del testamento, de la mención legal ó de la designación del consejo, y que hay que distinguir entre aquel momento en que la tutela nace legalmente, que es lo que propiamente constituye el deferimiento, y aquel otro en que se comienza su ejercicio por virtud de un acto enteramente distinto, que el mismo Código separa en el art. 261, primero del cap. IX, que trata del ejercicio de la tutela, cuyo artículo expresa que el consejo de familia pondrá en posesión á los tutores y protutores, es á saber, á los que ya lo son por virtud de haberse deferido la tutela.

Decir que el tutor prestará fianza antes de que se le *defiera* el cargo, es sencillamente un imposible legal derivado de la confusión de los términos. Porque ni el tutor es tal tutor antes del deferimiento, toda vez que su cualidad tutelar arranca precisamente de dicho momento, ni puede exigírsele fianza á quien no disfruta todavía de cargo alguno que lleve aneja responsabilidad.

El Código lo que ha querido decir, y en este sentido que vamos á expresar hay necesidad de interpretarlo, es lo que ya manifestó el art. 223 del proyecto de 1851, á saber: que el tutor, antes de entrar en el ejercicio de su cargo, prestará fianza para asegurar el resultado de su gestión.

Todavía cabe perfeccionar la redacción del artículo, y para ello no tenemos necesidad de recurrir á otra fuente legal que al propio Código que estamos comentando. El art. 255, al tratar del recurso de alzada que tiene el tutor contra el acuerdo del consejo de familia en el que se califique la fianza ó se determine su cuantía, afirma, en perfecta conformidad con el espíritu del art. 252 que analizamos, lo que sigue:

«*Pero no entrará en posesión de su cargo sin haber prestado la fianza que se le exija.*» El otro artículo á que recurrimos es el 261, cuyo texto literal es: «El consejo de familia *pondrá en posesión* á los tutores y protutores,» siendo de notar que el transcrito ar-

tículo es el 1.º del capítulo IX, que trata del ejercicio de la tutela.

Resulta, pues, que la redacción perfecta del art. 252, entresacada, como hemos visto, de los mismos preceptos del Código, es la siguiente:

El tutor, antes de entrar en posesión de su cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión.

Otra cosa es confundir lastimosamente los términos y trastrocar los tiempos, no haciendo la distinción debida entre el momento en que nace la tutela y aquel otro momento en el que se pone al autor en posesión de su cargo, después de haber prestado la suficiente garantía. ¿Cómo va á dar fianza antes de haber sido nombrado? ¿No es esto un imposible jurídico y un vicio de lógica imperdonable? Pues esto dice el art. 252 del Código civil; por lo visto, sus redactores han conjugado con poco acierto el verbo deferir.

Pasando ahora al artículo siguiente, observamos que la fianza puede ser hipotecaria, pignoraticia ó personal. Sin embargo, no reconoce el Código igual valor á cualquiera de ellas, de tal suerte que sea indiferente la prestación de una ú otra. El mismo grado asegurador concede á la hipoteca y á la prenda, y así lo reconoce explícitamente cuando dice que la fianza deberá ser hipotecaria ó pignoraticia.

Empero sólo autoriza la personal cuando fuese imposible constituir alguna de las anteriores, y para este caso reserva prudentemente al consejo de familia la facultad de adoptar todas las determinaciones que considere útiles para la seguridad de los bienes del menor ó del incapacitado.

Tal es el contenido del art. 253. Examinémosle ahora en los varios aspectos que presenta, con el propósito de exponer á la consideración de nuestros lectores las diversas cuestiones que pueden suscitarse y que afectan á los tutores, obligados por la ley á la constitución de una fianza. Para lograr este objeto, nada más apropiado que practicar una división, teniendo en cuenta la triple naturaleza de los contratos accesorios ó de garantía, comprendidos por el Código en lo que atañe á este particular bajo la denominación genérica de fianza.

1.º *Fianza hipotecaria.*—A la simple lectura de este enunciado, pudiera creerse que el Código incurre en una confusión entre fianza é hipoteca, ó de que se trata de un contrato garantido por

el fiador hipotecando bienes propios á la seguridad de la tutela. No es esto lo que el Código ha querido expresar, y la confusión depende del inadecuado empleo de voces, amalgamadas en una sola significación cuando representan conceptos completamente distintos. Mas ya hemos dicho que esto es defecto consagrado por el uso, achacable al Código únicamente, por cuanto debiendo haberlo hecho desaparecer mediante un trabajo de meditada depuración, le ha dejado subsistente.

En prueba de nuestro aserto, citaremos los Códigos de Guatemala y Méjico. El primero, en los artículos 344, 345 y 346, ciñéndose estrictamente al rigoroso tecnicismo, distingue entre fianza é hipoteca con estas palabras que vamos á copiar. «Sólo se admitirá la fianza cuando el tutor no tenga bienes en que constituir la hipoteca.» Añade más adelante: «Cuando los bienes que tenga alcancen á cubrir la cantidad que ha de asegurarse, la garantía podrá consistir, parte en hipoteca, parte en fianza.» La misma separación hace el Código civil de Méjico, el cual comienza por titular el capítulo con un lema genérico y comprensivo de la hipoteca y la fianza, como es: «De la garantía que deben prestar los tutores para asegurar su manejo,» estableciendo luego en el art. 578 que la caución que el tutor ha de prestar consistirá: primero, en hipoteca; segundo, en fianza; vaciando el resto del capítulo en el mismo molde que el Código guatemalteco.

Esto por lo que respecta á los Códigos americanos, y por lo que concierne á los europeos basta citar el Código italiano en su artículo 293, el que, si no con tanta pureza como los anteriormente citados, distingue lo bastante para impedir la confusión.

Retrayéndonos á nuestro peculiar estudio, declaramos que, en nuestro sentir, fianza hipotecaria, según el concepto en que el Código emplea esta frase, vale tanto como garantía que el tutor debe prestar constituyendo hipoteca especial á favor de las personas que tenga bajo su guarda. Al cabo, de esta suerte nos plegamos á lo preceptuado por nuestra ley Hipotecaria en su artículo 214.

Al llegar á este punto, surge una cuestión que vamos á tratar brevemente. ¿Subsiste después de la declaración del art. 253 la hipoteca legal establecida por razón de tutela y curaduría, de tal

manera que, según el art. 214 ya citado de la ley Hipotecaria, el tutor obligado á dar fianza *deberá constituir hipoteca* especial á favor de las personas que tenga bajo su guarda?

Esta es una cuestión resuelta ya por la ley de Enjuiciamiento civil. Sabido es que con el objeto de llenar la laguna que nuestras leyes antiguas dejaron en un punto tan esencial como este que estamos examinando, se dictaron las reglas consignadas en los artículos 1.865, 1.866 y 1.867, en los cuales se dispuso que el tutor que no estuviese relevado de prestar fianza, constituiría la necesaria al arbitrio prudencial del Juez; diciéndose además que sería admisible toda clase de fianza á excepción de la personal. La tendencia moderna marcadísima á los bienes mobiliarios y la extensión y desenvolvimiento verdaderamente admisibles del crédito público, á cuyo calor han nacido los títulos cotizables en las Bolsas europeas, ha producido en todos los órdenes de la vida una transcendental modificación y ha creado un nuevo valor sumamente apreciable, por cuanto, efecto de su naturaleza, es convertible en efectivo á voluntad del poseedor y produce una constante utilidad que se traduce en la renta pagadera por los Estados ó Compañías emisoras de los títulos. Estos valores son una garantía, si cabe, más eficaz que la misma garantía hipotecaria, porque la hipoteca que grava el inmueble antes de convertirse en el efectivo que resarce, requiere un procedimiento lento y costoso. En cambio, los bienes mobiliarios, tales como alhajas, valores del Estado, etc., se convierten en metálico más fácilmente por cuanto puede decirse que son signos representativos de aquél.

El Código, que por imperio de lo necesario jurídico, ha tenido que acomodarse á las exigencias del tiempo y á las condiciones en que viven y progresan las modernas sociedades, ha dado carta de naturaleza á la garantía pignoraticia, considerándola bastante para el aseguramiento de la gestión administrativa del tutor.

Decimos esto, para justificar nuestra primera afirmación, ó sea la de que la cuestión actual está resuelta por la ley procesal civil de 3 de Febrero de 1881.

Al admitir esta ley la validez de cualquiera clase de fianza, á excepción de la personal, vino en cierto modo á relajar, ó mejor dicho, á circunscribir al círculo de lo inmueble la disposición terminante del art. 214 de la ley Hipotecaria.

Claro es que nosotros no sostenemos que la hipoteca legal establecida á favor de los menores por razón de tutela y curaduría haya sido derogada por la publicación de la ley de Enjuiciamiento civil, y con posterioridad por el artículo del Código que comentamos, que repite la doctrina expuesta en la ley ritual.

Lo que nosotros mantenemos es que el rigorismo del art. 214 de la ley Hipotecaria, que se refleja en el hecho de decir que los tutores obligados á dar fianza *deberán* constituir hipoteca especial á favor de las personas que tengan bajo su guarda, se ha suavizado por la admisión de la garantía pignoraticia; y hoy el tutor, ó constituirá hipoteca, ó depositará en lugar seguro prendas suficientes á las resultas de su gestión.

Así, pues, sin que quepa decir que la hipoteca legal por razón de tutela ha pasado á los archivos del Derecho histórico, puede sí sostenerse que su órbita se ha reducido en beneficio de guardadores y pupilos. Según este criterio, y para mayor claridad de nuestro pensamiento, presentamos el siguiente caso. Un padre, *A*, fallece bajo testamento, en el que nombra tutor para sus dos hijos *a* y *b* á *B*.

Constituído el consejo de familia, y nombrado el protutor, acuérdase por el expresado consejo que el tutor constituya una fianza de 5.000 pesetas.

B deposita en el establecimiento público de crédito que al efecto se designe dicha cantidad en títulos de la renta del 4 por 100 interior amortizable, y entrega el resguardo en poder del vocal presidente del tribunal familiar.

A tenor de lo dispuesto por el art. 261 del Código, *B* está ya en aptitud legal para posesionarse del cargo que le fué deferido por virtud de la disposición testamentaria.

¿Deberá, á pesar de esto, constituir hipoteca especial á favor de las personas que tenga bajo su guarda, sólo por el mero hecho de estar obligado á prestar fianza? En nuestra opinión, de ninguna manera; y es más, estimamos que no existe acción ninguna para compelerle á que la constituya. El Código civil lo que exige en ventaja del menor es que la persona que venga á suplir su capacidad jurídica restringida garantice de alguna manera eficaz, que aleje todo peligro á un descubierto, la gestión administrativa que por razón de su cargo habrá de realizar.

Pero una vez que el peligro ha desaparecido, ó por lo menos sus contornos se han borrado en la lejanía; una vez que la caución se ha prestado, ora por hipoteca, ora por prenda, la ley tiene que reconocer que el guardador ha cumplido con su deber, y como deber es recíproco de derecho, y derecho sinónimo de acción, cuando el deber no existe por haberse llenado cumplidamente, la acción desaparece, porque se torna ilusorio el *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*.

Además, optar por la solución contraria valdría tanto como exigir al tutor dos fianzas, exigencia que echaría por tierra el precepto contenido en el art. 253 del Código civil.

La ley Hipotecaria padece del mismo vicio orgánico de todas nuestras leyes, á saber: el hermafroditismo. En su organismo se combinan los preceptos sustantivos con los adjetivos, y aun cuando por el carácter predominante cabe decir que la ley Hipotecaria es una ley adjetiva, en ella han encontrado aposento principios tales como éste que examinamos de la hipoteca legal por razón de tutela, de dote, de bienes de peculio y reservables.

Ahora bien: dentro de los principios que por razón del tiempo regulan la vigencia de las leyes, ¿no se puede sostener que la ley sustantiva por excelencia, á cuyo análisis se consagra este libro, ha modificado el precepto sustantivo de la ley Hipotecaria, trocando la exclusividad de la hipoteca como garantía, por la dualidad de la hipoteca y la prenda, al arbitrio del guardador?

Nosotros reputamos esto innegable, y por eso venimos repitiendo desde un principio que la esfera peculiar de la hipoteca por razón de tutela se ha reducido, perdiendo su cualidad obligatoria. Así, pues, en la parte de bienes inmuebles se cumplirá lo que disponen la ley Hipotecaria, su Reglamento y la instrucción de 9 de Noviembre de 1874, y en la parte de efectos y valores, lo preceptuado en el art. 257 del Código civil.

La tendencia expansiva mostrada por el Código, lejos de recaer en daño de los menores ó incapacitados como á simple vista pudiera creerse, redunda en su beneficio; porque ya no son solamente los bienes inmuebles del tutor los llamados á responder del resultado de la administración; la ley pone también á contribución sus bienes muebles, y aún más todavía, su propio crédito, por cuanto admite la fianza personal. A la par, esta mayor

facilidad para la fianza aprovecha asimismo al guardador, y dijéramos, llevándonos ya un tanto de la imaginativa, que favorece el mayor desarrollo de la contratación, puesto que el tutor que posea muebles é inmuebles puede dedicar los primeros á la fianza y extenderse en el mundo de los negocios escudado con el crédito de que le inviste la propiedad de los segundos.

Vamos, para terminar esta digresión, á transcribir la opinión de dos reputados comentaristas de nuestra legislación hipotecaria, Sres. Galindo y Escosura, con cuyo dictamen coincidimos; dicen así:

«En virtud de estas disposiciones, la hipoteca legal del menor sobre los bienes de los guardadores se ha convertido en un beneficio más pingüe que la misma hipoteca legal de las mujeres por sus dotes, y que la de los hijos por sus bienes reservables y peculiares; porque en éstos, no es más que el derecho de exigir la constitución de hipoteca especial sobre los inmuebles del marido y del padre, y caso de carecer de ellos, el de que ofrezcan hipotecar los primeros inmuebles que adquieran; mientras que en los huérfanos, es el derecho de exigir la constitución de una hipoteca especial sobre los bienes inmuebles del guardador, y el depósito de los muebles preciosos y valores que garanticen el resultado de la gestión de los tutores y curadores.»

Asoma en seguida la silueta de una duda no resuelta por el Código, aunque sí solventada por las reglas de la interpretación. Dado caso que el tutor obligado á prestar fianza no tuviese bienes inmuebles suficientes sobre los cuales constituir hipoteca, ¿podrá simultanear con la garantía hipotecaria la pignoraticia, depositando muebles preciosos y valores hasta el completo de la fianza? En nuestro sentir, esto es indiscutible, y de la propia suerte opinan los comentaristas antes citados, Sres. Galindo y Escosura. Es de extrañar que el Código civil español haya omitido presentar este caso, cuando tan fácil le hubiera sido copiar el artículo del Código guatemalteco ó del mejicano, que lo prevén y especifican; pero tal vez lo haya estimado como una redundancia inútil ante la claridad del art. 253, que al equiparar la garantía hipotecaria y la pignoraticia, da á entender que es de todo punto indiferente que la fianza sea de una ú otra clase ó de ambas á la vez.

Llegados á este punto, solamente nos resta fijar las reglas á

que deben acomodarse el consejo de familia y el tutor para la constitución de la fianza hipotecaria.

La radical innovación introducida por el Código, en cuanto afecta á las facultades de que antes gozaban los Jueces para regular las funciones tutelares, facultades que han venido á recaer sobre los miembros componentes del consejo de familia, ha roto completamente la traba y enlace que mediaba entre la ley Hipotecaria y su Reglamento y la ley de Enjuiciamiento civil, y en su lugar la ha sustituído una desarmonía tan notable, que se impone forzosamente una meditada reforma que restablezca la concordia perturbada.

Hoy cabe decir que la ley Hipotecaria constituye un cantón enfrente de otro cantón formado por nuestra ley civil novísima. En el Derecho no puede haber cantones, y aunque sea á riesgo de incurrir en alguna falta ú omisión, nosotros vamos á procurar concordar, en cuanto sea posible, el Código civil con la ley Hipotecaria.

Dice el art. 146 del Reglamento para la ejecución de dicha ley: «En el expediente para el discernimiento del cargo á los tutores ó curadores no relevados de fianza, se justificará cumplidamente el importe del capital que consista en bienes muebles y el de la renta de los inmuebles que constituyan el caudal del huérfano.»

Expresa el art. 147 del mismo Reglamento: «En vista de lo que resulte, según el artículo anterior, se graduará la cantidad de la hipoteca que deba constituirse.»

El art. 148 establece que «en el expediente expresado se justificará asimismo la propiedad de los bienes que se ofrezcan en hipoteca, mediante la presentación de los títulos de su última adquisición de dominio, la libertad de dichos bienes ó las cargas anteriores que tuvieran, con la certificación correspondiente del Registro, y el valor de los mismos bienes por capitalización al tipo que se acostumbre en cada lugar, por los recibos de la contribución territorial que hayan pagado el último año, ó por certificación de peritos.»

Finalmente, preceptúa el art. 149 que «oído el Ministerio fiscal ó el curador para pleitos, en su caso, sobre el importe de la fianza, conforme á lo prevenido en los artículos 1.224 y 1.225 de la ley de Enjuiciamiento civil (que corresponden á los artículos 1.867

y 1.868 de la ley vigente), y considerando el Juez ó Tribunal suficientes las fincas ofrecidas en hipoteca, se constituirá ésta por medio de un acta, que extenderá el secretario en el mismo expediente, firmará el tutor ó curador y aprobará el Juez ó Tribunal en auto separado.»

El expediente de discernimiento que á tenor de los artículos 1.861 al 1.872 inclusive de la ley de Trámites civiles, debía formar el Juez, del domicilio del padre ó madre cuya muerte ocasionare el nombramiento del tutor, ó el del domicilio del menor ó incapaz, ó el de cualquier lugar donde tuviere bienes inmuebles, ha desaparecido de nuestro Derecho procesal. Ya dijimos en el tomo IV de esta obra que, según nuestro criterio, el discernimiento propiamente dicho, conceptuándolo como el acto por el cual queda el tutor habilitado para el desempeño de su cargo, ha sido reemplazado por la inscripción en el registro de tutelas de la nuevamente constituída. En efecto, hasta entonces, según previene el art. 205 del Código, no entrará el guardador en el desempeño de sus funciones, limitación ésta que antes levantaba el discernimiento y hoy levanta la inscripción. Pero si en lo que atañe al aspecto adjetivo, de puro trámite, el discernimiento no existe, no puede decirse lo mismo en nuestro sentir respecto del contenido del expediente en alguno de sus extremos, y muy principalmente en este de la fianza de que nos estamos ocupando.

Cierto que no se formalizará, ni el Juez intervendrá para nada, ni se pronunciará el auto concediendo el discernimiento; mas ¿cómo habrán de omitirse las diligencias que previenen los artículos del Reglamento de la ley Hipotecaria que hemos copiado? ¿Cómo el consejo de familia podrá calificar la fianza si desconoce los términos para la calificación, ó sea el importe de los bienes muebles y el de la renta de los inmuebles del menor; si no sabe tampoco si los bienes ofrecidos en hipoteca tienen al corriente su titulación, estando ó no libre de cargas, é ignora su verdadero valor? ¿Cómo podrá el protutor cumplir con el deber que le impone el art. 235 del Código, de intervenir la constitución de la fianza del tutor, si no se llenan satisfactoriamente todos los requisitos determinados por el Reglamento de la ley Hipotecaria que en su día proporcionara al juzgador los suficientes elementos para calificar y aprobar la fianza, y que hoy

debe suministrárselos al consejo de familia encargado de la misma función? ¿Cómo, finalmente, podrá realizarse la inscripción de la fianza prestada por el tutor si para ello se necesita el otorgamiento del acta de constitución de que tratan los artículos 149 y 151 del repetido Reglamento, y este acta no puede extenderse sin haberse justificado antes las circunstancias que en la misma han de constar?

Dedúcese de lo expuesto que la mejor manera de cumplir el consejo de familia con lo dispuesto por el Reglamento de la ley Hipotecaria es la formación de un expediente que pudiéramos denominar *De constitución de la fianza.*

En este expediente se justificará el importe de los bienes muebles del menor ó incapacitado, limitándose la justificación á los bienes conocidos, sin perjuicio de ampliar la fianza si aparecieren nuevos bienes ó los heredase el menor; de la misma manera se acreditará en el expediente el importe de las rentas de los bienes del menor durante un año, pudiendo para ello servir de tipo el precio de los arrendamientos corrientes, y para las fincas no arrendadas aquel que según un prudente cálculo le correspondiere si hubieren de darse en arriendo, atendidas las condiciones de las fincas.

Finalmente: si el menor tuviere algún establecimiento mercantil ó industrial ó participación en alguna empresa de esta índole, se hará constar en el expediente las utilidades que durante un año pudiere percibir.

Esto, como el lector comprenderá, no es más que uno de los factores que deben tenerse en cuenta para la constitución de la fianza.

Pero nos resta conocer los términos más interesantes, á saber: la calidad de los bienes que el tutor ofrezca, su condición legal y el valor de los mismos. Para cumplir con estos requisitos, el tutor deberá presentar en el expediente á que nos venimos refiriendo los títulos de la última adquisición de dominio de los inmuebles que ofrezca en hipoteca, justificando así la propiedad de los bienes.

Acompañará también certificación del Registro de la propiedad, comprensiva de las cargas que los afecten, ó en su caso, de hallarse libres de todo gravamen. Por último, exige el art. 148 del repetido Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria,

que se justifique el valor de los bienes ofrecidos. Sólo de esta suerte podrá el consejo de familia calificar de suficiente ó insuficiente la fianza, mediante la comparación de estos dos términos, á saber: el caudal que ha de asegurarse y el capital asegurador.

Mas la fijación del importe de los bienes que el tutor ofrezca puede hacerse de dos modos: primero, por tasación pericial; segundo, por capitalización al tipo que se acostumbre en cada lugar, según los recibos de la contribución territorial.

Ocupándose de esta materia los Sres. Galindo y Escosura, dicen en el tomo IV de sus *Comentarios á la legislación hipotecaria* lo que sigue: «La certificación de peritos será el medio más »usado, aunque no el más seguro: la experiencia acredita de un »modo palmario que cuando hay interesados en que aparezca »subido el precio de los inmuebles, siempre se encuentran peri»tos que se conformen con los deseos de aquéllos. El capitalizar »las fincas por el recibo de contribución, no es claro. ¿Qué es »lo que se capitaliza? ¿Es, por ventura, el que por cada tres, ó »cuatro ó seis de contribución que se paguen se suponen ciento »de renta, que es la materia imponible, y luego por cada tres, ó »cuatro ó seis reales de renta, según el tipo que se acostumbre »en cada lugar, se fija el ciento en capital? ¿Es que se presupone »que la renta que se fija en el recibo de contribución para impo»nerla, se considera la verdad legal, y se capitaliza en los térmi»nos antedichos? Preferible parece que el capital se gradúe por el »que aparezca en los títulos de propiedad, y solamente como »medios supletorios se acudirá á capitalizaciones y peritos »cuando el hipotecante sostuviese su mayor precio, ó el Minis»terio fiscal, al que ha de oirse, dudare de la exactitud del que »en los títulos se les señala.» Hacemos nuestra la opinión de los Sres. Galindo y Escosura, expresada en los párrafos precedentes.

Así que en el expediente se hayan justificado los extremos que quedan referidos, procede, según nuestro criterio, oir el dictamen del protutor, á cuyo efecto se le dará traslado de las diligencias por el término prudencial que estime el consejo de familia. Nada concreto acerca de este trámite preceptúa el Código civil, pero si ha de cumplirse el art. 236, es innegable que el lugar más apropiado para la intervención del protutor es este

expediente de constitución de fianza, y en el momento preciso en que terminadas todas las diligencias concurrentes á la determinación del capital del menor ó incapaz de los bienes ofrecidos por el tutor, aconseja la prudencia que el tribunal de la familia, antes de pronunciar su fallo respecto á la suficiencia de la garantía, se asesore del que por razón de su cargo desempeña funciones de Fiscal. Además, de esta suerte se encuentra la codiciada armonía entre el Código, el Reglamento de la ley Hipotecaria y la de Enjuiciamiento civil, cuyas dos últimas leyes requieren que se oiga al Ministerio público. (Art. 149 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria y 1.867 de la ley de Enjuiciamiento civil.)

Sin embargo, la intervención del protutor, según nuestro entender, no ha de ceñirse exclusivamente á dictaminar acerca de si se han cumplido todos los requisitos que la ley exige. La frase *el protutor está obligado á intervenir la constitución de la fianza del tutor cuando hubiere lugar á ella*, tiene la suficiente laxitud para asegurar fundadamente que en todas y cada una de las diligencias preliminares á la constitución puede y debe el protutor intervenir, según dijimos en su oportuno lugar (véase tomo IV, comentario del art. 236), ora examinando la titulación de las fincas, bien instando la certificación del Registro, para averiguar las cargas que graven á los inmuebles, etc.

Cumplidos todos los trámites que se dejan reseñados, le incumbe al consejo declarar si la fianza ofrecida es suficiente ó no, y en el caso de que su acuerdo sea afirmativo, ordenar la inscripción en el Registro de la propiedad, extendiéndose el acta de constitución de hipoteca.

Antes de la publicación del Código civil, el actuario del Juzgado, instructor del expediente de discernimiento, era el llamado por la ley á extender el acta, en atención á los datos recogidos en el expresado expediente.

Asimismo era el que debía librar dos copias testimoniadas de dicha acta al efecto de realizar la inscripción. Mas á contar del Código civil, como ya á los Juzgados nada les incumbe en la regulación de la tutela, hay que suponer, aunque no sea más que por analogía, que al consejo de familia ó á su presidente le corresponde extender el acta de constitución de hipoteca. Hemos tenido ocasión de observar que en algunos consejos, y por

acuerdo unánime de los vocales, se ha designado secretario al más joven de entre ellos. Esta práctica, que no contraría lo dispuesto por el Código, porque no merma facultades al presidente, debe generalizarse, supliéndose de este modo por una costumbre según ley, la omisión en que ha caído dicho cuerpo legal. Mas al cabo, como no pasa de ser un uso que el tiempo consolidará y trocará en costumbre con fuerza de obligar, mientras tanto que esto no suceda, nosotros, salvando nuestra opinión favorable al nombramiento de un secretario, á quien en su caso correspondería extender el acta de constitución de hipoteca, tenemos que incluir entre las atribuciones del presidente del consejo de familia, ésta de extender el acta referida con estrecho ajuste á lo determinado en el art. 151 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria que más adelante insertaremos. Dicho art. 151 ha sido ligeramente modificado por el 56 de la instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro de 9 de Noviembre de 1874, que para no dejar ningún vacío, y á reserva de expresar nuestra opinión, vamos á copiar.

Dice así dicho artículo: «La hipoteca por tutela ó curaduría »se otorgará en el mismo expediente que se siga para el nom»bramiento de tutor, extendiendo un acta, la cual, además de las »circunstancias de las hipotecas voluntarias, expresará:

»1.° El nombre, apellido, edad, estado, profesión y vecindad »ó domicilio del tutor nombrado.

»2.° La persona ó autoridad que haya hecho el nombra»miento.

»3.° La clase de la tutela ó curaduría.

»4.° El documento en que se haya hecho el nombramiento, »y su fecha.

»5.° La circunstancia de no haber relevación de fianza, ó de »que, á pesar de haberla, el Juez ó Tribunal ha creído necesario »exigirlas.

»6.° El importe del capital y de las rentas del huérfano ó in»capacitado, distinguiendo la parte que se halle en bienes raíces »de la que consista en otros bienes.

»7.° El importe de la fianza que se haya mandado prestar, »expresando si se ha fijado con audiencia del representante del »Ministerio fiscal ó del curador para pleitos.

»8.° El auto de aprobación de la hipoteca.»

Después de la lectura del artículo que precede, se arraiga más el convencimiento de que la reforma se impone.

Con efecto, dice el núm. 8.° del art. 56 de la instrucción, que en el acta se expresará el auto de aprobación de la hipoteca.

Como los autos se dictan por resultandos y considerandos y en los primeros se enumeran los hechos, la reforma introducida por el artículo referido quedaba justificada, por cuanto con la inserción del auto se llenaban los requisitos exigidos por los números 7.° al 11 del art. 151 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria.

Mas hoy que dicho auto no se pronuncia, ¿no es lógico presuponer que en el acta de constitución de hipoteca habrán de insertarse todos los requisitos exigidos por el susodicho art. 151 del Reglamento, expresándose en último lugar el acuerdo del consejo, en el que se apruebe la hipoteca constituída, ó sea el acta de la sesión en que así se determine? Tal es nuestra opinión, que sometemos gustosos á cualquiera más acertada.

Al punto otra duda se cierne, interrumpiendo nuestro camino, por cuanto no hemos de avanzar sin dejarla resuelta.

Duda es la que vamos á tratar no sospechada por el Código civil, porque, de otra suerte, no cabe que deliberadamente, y con ánimo de resolverla más adelante, se hubiera dejado una laguna tan extensa, que es imposible llenar cumplidamente, ni con referencias á otras leyes, ni con interpretaciones más ó menos aventuradas de lo ya legislado.

Hacemos constar que la opinión que vamos á emitir es producto de una reflexión detenida, pero que no tiene otro valor que el de un dictamen que puede ser más ó menos acertado.

Y dicho esto á modo de introducción, presentemos la duda y explanemos nuestro criterio.

La constitución de la hipoteca legal por razón de tutela y curaduría ha venido rigiéndose por la ley de Enjuiciamiento civil, en concordancia con la ley Hipotecaria y su Reglamento.

El actuario, según dejamos ya manifestado, extendía el acta que exige el art. 151 del precitado Reglamento; libraba las dos copias testimoniadas, y estas copias, que revestían la condición legal de documento auténtico, puesto que, habiendo sido expedidas por funcionario competente, hacían fe por sí mismas, eran

título suficiente para la inscripción en el Registro, de la hipoteca constituída.

La ley de Enjuiciamiento civil ya no rige en estos extremos. Al procedimiento establecido por sus artículos ha sustituído el deficientísimo contenido en las reglas adjetivas estatuídas por el Código civil. De otro lado, la ley Hipotecaria subsiste en todo su vigor, y en su consecuencia, exige en sus severos principios que la inscripción de la hipoteca se haga mediante título suficiente. ¿Quién producirá este título? Tres problemas arrancan de esta sencilla pregunta: 1.º ¿Será bastante á los efectos de la inscripción de la hipoteca la certificación del acta librada por el vocal presidente del consejo de familia? 2.º Dado caso que no lo sea, ¿se encuentra en la ley un procedimiento acomodado para la constitución de la hipoteca que produzca título para la inscripción de la misma? 3.º Si la ley no lo determina, ¿cuál es el medio más en armonía con el espíritu de la naciente institución del consejo de familia para obtener la inscripción de la hipoteca constituída en garantía de la tutela en cumplimiento de lo establecido en el art. 257 del referido Código?

1.º Resueltamente resolvemos en sentido negativo la primera de las tres preguntas formuladas. Nos apoyamos en que la certificación librada por el vocal presidente del consejo de familia no tiene otro carácter que el de un documento privado, totalmente inútil para la inscripción del derecho que en él se contenga.

La notable exposición de motivos que precede á la ley Hipotecaria, dice en uno de sus párrafos: «Sólo han sido hasta aquí »objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía »desde luego: los documentos privados no solían admitirse en »los Registros. Cambiar en este punto y por regla general lo »existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la pro»piedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un »Archivo público más que lo que no deje dudas de legitimidad. »Por esto la Comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el pro»yecto del Código civil, propone que sólo puedan ser inscritos los »títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias ó en do»cumentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno »ó por sus agentes.»

En concordancia con lo anunciado en la exposición de motivos, dice el art. 3.º de la ley Hipotecaria que para que puedan

ser inscritos los títulos expresados en el art. 2.°, ó sea con relación al caso que estudiamos, aquéllos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de hipoteca, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria ó documento auténtico expedido por autoridad judicial ó por el Gobierno ó sus agentes en la forma que prescriben los Reglamentos.

El art. 6.° del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria determina la significación de la palabra *título*, diciendo que se entenderá por tal para todos los efectos de la inscripción el documento público y fehaciente entre vivos ó por causa de muerte en que funde su derecho sobre el inmueble ó derecho real la persona á cuyo favor deba hacerse la inscripción misma.

En el art. 8.° expresa que se considerarán documentos auténticos para los efectos de la ley los que, sirviendo de títulos al dominio ó derecho real, estén expedidos por el Gobierno ó por autoridad ó funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos.

De los artículos referidos se deduce que sólo son inscribibles las escrituras públicas, las ejecutorias y los documentos auténticos, sin que quepa discutir siquiera que es factible la inscripción de un documento privado; de tal suerte, que si un Registrador inscribiere en virtud de algún documento de esta índole, no surtiría efecto de ninguna clase, por lo que hace á la inscripción, el derecho que en él se reconociere. Mas, ahora bien; como el vocal presidente del consejo de familia no goza de la fe pública judicial ni extrajudicial, ni por ejecutoria se entiende el acuerdo firme del consejo de familia, sino la sentencia de los Tribunales ordinarios, contra la que no cabe recurso alguno, y como, finalmente, tampoco puede conceptuarse el vocal presidente, como autoridad ó funcionario competente para que los documentos por él expedidos tengan la consideración de auténticos, hay que venir forzosamente á parar, siguiendo la derrota de la deducción, á la certeza de la negativa consignada en los comienzos de esta investigación, ó lo que es lo mismo, á que el acta suscrita por el vocal presidente del consejo de familia no puede reputarse título bastante para la inscripción, porque no está consignada en escritura pública, ejecutoria ó documento auténtico.

2.° Contráese la segunda pregunta formulada á dilucidar si es susceptible de aplicación al caso que estudiamos alguno de los

procedimientos establecidos por la ley Hipotecaria y su Reglamento para la constitución de otras hipotecas legales.

Muy parcos hemos de ser en este punto, porque desde luego puede afirmarse que todos ellos pugnan abiertamente con la independencia, y decimos más, con la jurisdicción propia que el Código concede al consejo de familia.

Es indiscutible que el legislador ha querido constituir un organismo independiente que regule la tutela con aquella serenidad de juicio y solícito cuidado que sólo es factible encontrar cuando se aúna el interés del parentesco con el más acendrado espíritu de equidad. Esta independencia en las funciones del tribunal de la familia se destruiría si, para tomar sus acuerdos, tuviera necesidad de someterse á la decisión de los Tribunales instituídos para la administración de justicia. De la propia suerte el campo jurisdiccional que le es propio se limitaría, si para desenvolverse plenamente en toda la extensión que le ha determinado la ley orgánica de la familia y de la propiedad, precisara recurrir al apoyo de esos mismos Tribunales.

Hacemos constar las precedentes ideas, descubriendo el espíritu que vivifica la institución naciente del consejo de familia, para justificar nuestra tesis, expuesta al ingreso de este número.

Todo procedimiento que exija como requisito ineludible la intervención judicial debe rechazarse por inadecuado, no á la constitución de la hipoteca por razón de tutela y á la elaboración de un título inscribible de la misma, sino á la organización del consejo de familia y á las atribuciones que le ha conferido la ley.

El Juez no puede intervenir sino ejercitando su jurisdicción, que le sigue como la sombra al cuerpo. La naturaleza del consejo rechaza que se inmiscuya en sus actos quien como el Juez carece de poder para ello; y sobre todo, hay que evitar á todo trance el conflicto entre las dos jurisdicciones.

Partiendo de esta base, nuestra labor queda reducida á pasar una somera y ligerísima revista á los diversos procedimientos establecidos en la ley para la constitución de las hipotecas legales.

En primer lugar, y con carácter de generalidad, figura el estatuído en los artículos 165 al 167 de la ley Hipotecaria.

Dícese en el citado art. 165 que para constituir ó ampliar judicialmente y á instancia de parte *cualquiera hipoteca legal*, se

presentará por el que tenga derecho á exigirla un escrito en el Juzgado del domicilio del obligado á prestarla pidiendo que se constituya la hipoteca, fijando la cantidad por que deba constituirse y señalando los bienes que puedan ser gravados. Con dicho escrito deberá acompañarse el título ó documento que produzca el derecho de hipoteca legal. El Juez mandará comparecer á los interesados para que se avengan. Si hubiere avenencia ordenará constituir la hipoteca en los términos conocidos, y si no se avinieren, ya en cuanto á la obligación hipotecaria, ya respecto á la cantidad que deba asegurarse ó la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio por los trámites de los incidentes.

A pesar de la generalidad del procedimiento que se establece en el art. 165, consignándose que es el que habrá de seguirse para la constitución de *cualquiera hipoteca legal*, tiene escasa aplicación. Tanto para constituir hipoteca sobre los bienes de los padres por razón de los reservables que posean, cuanto por lo que respecta á las hipotecas á favor del Estado, provincias ó pueblos, se siguen trámites distintos fijados en la ley Hipotecaria y en los Reglamentos administrativos.

¿Cabe aplicar el procedimiento del art. 165 á la constitución de hipoteca por razón de tutela?

A nuestro juicio, no. El Código reserva exclusivamente al consejo de familia la facultad de señalar la cuantía y calificar la fianza que preste el tutor. Acomodarse á la tramitación judicial que determina el art. 165 de la ley Hipotecaria, bien en el caso de avenencia ó de desavenencia, llevaría consigo la usurpación por el Juez de las funciones encomendadas al consejo; porque es evidente que de seguirse la tramitación incidental que, como es sabido, reviste la forma de juicio, la sentencia que finalizara el incidente habría de señalar la cuantía y calificar la suficiencia, derechos que no es posible arrancar al consejo de familia sin hollar el art. 255 del Código civil.

Las mismas razones que hemos producido, cabe aplicar á la tramitación preceptuada en los artículos 134 al 141 del Reglamento de la ley Hipotecaria para la constitución de la hipoteca por razón de bienes reservables. La intervención del Juzgado es directa. Ante él ha de presentarse el inventario, los títulos que justifiquen la propiedad de los inmuebles ofrecidos en hipoteca;

ante él ha de formarse el expediente que previene el art. 194 de la ley Hipotecaria, extendiéndose el acta de constitución y librándose por el actuario las dos copias testimoniadas á los efectos de la inscripción en el Registro. Lo propio decimos en cuanto atañe á la tramitación establecida para la hipoteca por razón de peculio, toda vez que, regulándose por el art. 165 de la ley Hipotecaria, nos basta retraernos á lo que respecto á dicho artículo con aplicación al caso que tratamos, hemos manifestado. Queda, pues, resuelta en sentido negativo la segunda de las preguntas formuladas.

3.° ¿Hay algún procedimiento que haga factible la inscripción en el Registro de la propiedad, de la hipoteca por razón de tutela, armonizando la tramitación exigida por la ley Hipotecaria con la jurisdicción que el Código ha otorgado al consejo de familia?

Escrito en la ley, desde luego aseguramos que no. Hemos revisado las *Gacetas* publicadas desde la promulgación del Código civil hasta la fecha, sin encontrar ninguna disposición aclaratoria referente al particular, ni tampoco una sola resolución de la Dirección general de los Registros que dé la norma á la que en lo sucesivo habrían de plegarse los tutores para la constitución de la fianza, los vocales del consejo de familia para la extensión del acta y los registradores para la inscripción del título en que constare la hipoteca.

Mas no nos cabe duda que el caso ha debido presentarse; que al cabo no es lógico suponer que desde la promulgación del Código á la fecha no se haya constituído una sola hipoteca por razón de tutela. Confesamos ingenuamente que hasta nosotros no ha llegado noticia de las formalidades que han debido seguirse para obtener la inscripción mediante un título bastante. Por lo tanto, la opinión que vamos á emitir no tiene otro apoyo que el de una apreciación fundada sobre un cálculo más ó menos acertado, que, después de todo, no somos nosotros los llamados á juzgarlo. Es nuestro dictamen el siguiente:

Formado el expediente de constitución de fianza, de que hemos hecho mérito en este mismo comentario, y reunidos consiguientemente todos los datos que previenen los artículos 146 al 148 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, en relación con el art. 254 del Código civil, y oído el dictamen del protutor, se procederá por el vocal presidente del consejo de familia á la redacción del acta de constitución de hipoteca, expre-

sándose: 1.°, el nombre, apellido, edad, estado, profesión y vecindad ó domicilio del tutor nombrado; 2.°, la persona que haya hecho el nombramiento; 3.°, la clase de tutela; 4.°, el documento en que se haya hecho dicho nombramiento y su fecha, así, v. gr., testamento abierto, cerrado, ológrafo, papel extendido con la solemnidad de este último testamento y protocolizado al efecto; acta del consejo de familia en cuya sesión se hubiere hecho el nombramiento; 5.°, circunstancia de no haber relevación de fianza, ó de que, á pesar de haberla, el consejo de familia ha creído necesario exigirla; 6.°, el importe del capital y de las rentas del huérfano é incapacitado, distinguiendo la parte que se halle en bienes raíces de la que consista en otros bienes; 7.°, el importe de la fianza que se haya mandado prestar por el consejo de familia; 8.°, relación de las fincas ofrecidas en fianza con expresión del valor y cargas de cada una y del título de su última adquisición, todo con referencia á los títulos de propiedad, certificación del registro y avalúos presentados; 9.°, acto de constitución de hipoteca ante el consejo por la cantidad señalada; 10.°, expresión de la cantidad por que cada finca responde, según la distribución que se haya hecho con acuerdo del consejo é intervención del protutor; 11.°, fecha del acto, nombre de los vocales del consejo ante quien se haya celebrado y firma del tutor; 12.° y último, expresión del acuerdo del consejo de familia en el que se apruebe la hipoteca constituída.

Insertamos de nuevo el art. 151 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, atemperándolo á las reformas introducidas por el Código civil, tanto porque cuando tratamos de la protutela (tomo IV, art. 236) se omitió por errata el contenido del núm. 5.°, cuanto porque quedaría incompleto el comentario que estamos desarrollando.

Asimismo confirmamos la opinión ya expuesta de que la redacción del acta ha de acomodarse al repetido art. 151 del Reglamento, haciendo caso omiso de las modificaciones ligerísimas introducidas por el art. 56 de la instrucción de 9 de Noviembre de 1874, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, puesto que la abreviación racional que introdujo dicho art. 56 ha perdido su eficacia desde el instante en que, suprimida la intervención judicial, y en su consecuencia la formación del expediente de discernimiento, ya no se pronuncia

el auto de aprobación de la hipoteca, cuyos resultados suplían las circunstancias 7.ª á 10.ª del art. 151 del Reglamento.

Extendida el acta en forma, ¿qué resta para la inscripción? Su elevación á la categoría de documento inscribible. Ahora bien: puede obtenerse este resultado mediante el otorgamiento de una escritura pública en la que se expresen las circunstancias que debe contener la hipoteca voluntaria, y además las consignadas en el art. 151 del Reglamento tantas veces repetido, mediante la inserción del acta.

De esta suerte la inscripción podrá realizarse: 1.° Porque la hipoteca constará en una escritura pública inscribible, á tenor del art. 3.° de la ley Hipotecaria, en relación con los 6.° y 8.° del Reglamento y el 1.216 del Código civil, cuyo artículo dice que se reputarán documentos públicos los autorizados por Notario ó empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley. 2.° Porque expresándose en la escritura los requisitos que determina el art. 151, podrá verificarse la inscripción según lo dispuesto en el mismo artículo, último párrafo, cuyo contexto es como sigue: «La inscripción de la misma hipoteca se hará con arreglo á lo prevenido en este Reglamento, y expresará además las circunstancias 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 8.ª, 10 y 11 de este artículo.»

No pugna con la naturaleza de la hipoteca legal que en la escritura se expresen los requisitos de la hipoteca voluntaria. Después de todo, sabido es que no hay oposición abierta entre una y otra, y antes por el contrario, la mayor parte de las veces se constituyen las hipotecas legales por acuerdo de las partes. No es la palabra *legal* antitética en absoluto á la palabra *voluntaria:* indica aquélla, como dicen los Sres. Galindo y Escosura, sólo una cualidad, una circunstancia característica que la diferencia siempre de la hipoteca voluntaria; depende ésta exclusivamente de la libre facultad de contratar del que la presta y del que la recibe. Favorece también nuestro dictamen la condición que hoy reviste la hipoteca legal por razón de tutela, voluntaria bajo cierto aspecto, toda vez que el tutor no está obligado á constituir hipoteca con exclusión de toda otra garantía para asegurar las resultas de la administración, sino que pende de su albedrío la prestación de la hipoteca ó de la prenda.

Claro es que si el tutor opta por el primero de estos dos me-

dios, lo llano, lo espontáneo es que se acomode á que se formalice el expediente de constitución de fianza, aporte los datos y elementos que se requieren para el susodicho expediente, y por último, á impulsos de su designio otorgue la escritura de hipoteca, en la que habrán de insertarse las circunstancias previamente consignadas en el acta extendida por el vocal presidente del consejo de familia.

Bien sabemos que se podrá objetar que el acta es inútil desde el punto y hora que se otorga escritura pública; mas á pesar de la objeción, no la reputamos tan inútil, porque en definitiva la escritura suple el defecto congénito del acta por lo que respecta á su carencia de condiciones como documento público.

El consejo de familia llena satisfactoriamente sus deberes redactando el acta, que viene á ser como el compendio de todas las diligencias concurrentes á la constitución de la fianza hipotecaria. Porque el Código no haya previsto la dificultad, ¿van á cruzarse de brazos los vocales del consejo, lesionando con su impasibilidad desesperante los derechos del menor? La ley dice que se extienda un acta; pues sólo extendiéndola cumplirá el consejo con la ley. Ésta no ha previsto la manera como ha de inscribirse, aun cuando ha ordenado la inscripción; los vocales tienen en sus manos el medio de obtenerlo, elevando á escritura pública el acta de que tantas veces hemos hecho mérito.

Tal es nuestro parecer, inspirado en el deseo de concordar las leyes actuales con la nueva institución del consejo de familia.

Descartadas ya las tres preguntas y siguiendo el curso natural del comentario, procede que nos ocupemos, siquiera sea brevísimamente, de una cuestión que no deja de revestir algún interés. Cuando un tutor obligado á prestar fianza rehusare cumplir con la obligación que la ley le impone prevaliéndose de excusas y pretextos, ¿podrá el consejo de familia compelerle á que dentro de un plazo dado constituya la fianza? Y en último extremo, ¿podrá solicitar el auxilio judicial simplemente al efecto de que le preste el poder coactivo de que se halla investido para hacer respetar el derecho, y de cuyo poder carece el consejo? En nuestro sentir, indiscutiblemente.

El consejo de familia disfruta de capacidad para comparecer ante los Tribunales. El art. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil dispone que por las corporaciones, sociedades y demás *entidades*

jurídicas comparecerán las personas que legalmente las representen. No dice el Código quién ostenta la representación del consejo de familia; mas hay razón fundada para presumir que en este caso concreto que tratamos, lleve la voz el vocal presidente. Con efecto, el Código, en el art. 304, confiere á este último la facultad de ejecutar los acuerdos adoptados por el consejo. Cuando solicita el auxilio judicial para obligar al tutor á que cumpla lo ejecutoriado, obra en uso de un derecho propio indiscutible y como presidente de la entidad jurídica que representa.

Además, es ya un punto dilucidado el de que el consejo puede litigar, y la prueba más evidente la tenemos en el art. 241 del Código, que preceptúa que cuando el tutor promueva contienda judicial, *litigará el consejo* á expensas del menor. De la propia suerte dispone el art. 277 que si el consejo de familia sostuviese su acuerdo, *litigará* á expensas del menor ó incapacitado.

No puede, pues, caber la menor duda respecto á la posibilidad de que el consejo, para ejecutar su acuerdo, recurra á los Tribunales con el objeto de que éstos le presten la fuerza de que carece.

Con lo expuesto damos por terminado el estudio relativo á la fianza hipotecaria.

Fianza pignoraticia.—Ya hemos dicho que el Código concede amplia libertad al tutor para asegurar la administración que se le confiere, bien con hipoteca, bien con prenda.

Tratándose de un contrato accesorio ó de garantía que tiene en el Código un lugar propio donde se desenvuelve, á él tenemos necesidad de recurrir para complementar este precepto escueto y descarnado contenido en el art. 253.

Lo primero que hay necesidad de determinar con fidelidad es la naturaleza de la obligación que asegura la prenda en la tutela.

Si con despacio se analiza, obsérvase una obligación viva y latente que persiste durante el curso de la tutela, y otra obligación que yace como dormida en vida embrionaria, pronta á animarse y á convertirse en un derecho del pupilo en el instante mismo en que las condiciones del medio que la rodea le sean favorables para su desarrollo.

La obligación primera es la que constituye el nervio de la tutela, y es de observar que sólo nace la segunda cuando aquélla

no se ha cumplido con ajuste estrechísimo á lo que consignan las normas del derecho.

¿Cuál de estas dos obligaciones asegura la prenda? ¿La obligación persistente, que consiste en desempeñar el cargo tutelar con el celo, cariño y diligencia que un buen padre de familia cuidaría de la persona y bienes de sus hijos, ó aquella otra obligación que sólo se produce cuando el tutor, lejos de conducirse honradamente, deja un descubierto en la fortuna del pupilo, cuyo descubierto está obligado á reparar? ¿Garantiza la fianza el cumplimiento estricto del deber tutelar ó el resultado del incumplimiento de ese mismo deber? ¿Por qué los padres y los abuelos, y aun los extraños nombrados con relevación por el padre ó madre, ó la persona que hubiese instituído heredero al menor ó dejádole manda de importancia no están obligados á afianzar?

La razón es obvia: porque la fianza se da para garantir el incumplimiento; para suplir las resultas del deber olvidado por el guardador; para que en ningún caso sufra detrimento la fortuna del pupilo por actos de personas que no tienen otro ascendiente y poderío sobre el sujeto á tutela que el que les otorga la ley, no el que les presta la sangre.

Así es que, bien mirada la obligación principal, insustituíble, que en todo contrato relativo debe haber, radica en este caso en esa obligación con vida embrionaria que sólo se desarrolla cuando el tutor no cumple sus deberes.

He aquí la causa por la que algunos Códigos, entre los cuales puede citarse el austriaco, no exigen que el tutor afiance en el ínterin se ciña rigurosamente al modelo que debe imitar, es á saber: el buen padre de familia.

Ahora bien: la prenda asegura toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya pendan de una condición suspensiva ó resolutoria.

Partiendo de la distinción que hemos hecho, desde luego se comprende que asegurando la prenda, la obligación de reparar el daño causado, que es la que debe reputarse principal con respecto al caso que estudiamos, es exigible desde luego, es decir, desde el instante en que el daño se produzca. De donde se deduce que se trata de una obligación denominada por el derecho civil pura (art. 1.113). Pudiera engendrar alguna duda la determinación de la naturaleza de la obligación principal de que la prenda responde, si para ello no arrancáramos de una distinción metódica

que consiste en deslindar los campos peculiares de las obligaciones que forman el tejido de la institución cuyo estudio nos viene ocupando; la obligación esencial que consiste en cuidar la persona del pupilo y administrar solícitamente sus bienes y la obligación de reparar el daño que provenga de la gestión personal. Claro es que la prenda en cierto modo asegura la obligación esencial y libra en muchas ocasiones al menor de los peligros que la conducta del tutor pudiera acarrearle, por el temor á la pena, como libra el espantajo la sembradura de la voracidad de los pájaros; pero la relación directa que hay que buscar en todo contrato accesorio entre la garantía y la obligación principal, se encuentra en este caso entre la prenda y la obligación del tutor de reparar el daño causado. Atendiendo á estas reflexiones, decíamos que se trata de una obligación pura.

Recapitulando lo expuesto, y pues que ya queda determinada la naturaleza de la obligación que la prenda garante, siguiendo la indicación hecha en los comienzos de este número, recurramos al lugar donde el Código civil ha desenvuelto este contrato para complementar la doctrina.

Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que estén en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión; así, v. gr., alhajas, dinero, títulos cotizables; todo esto es susceptible de ser entregado en concepto de prenda para responder de las resultas de la administración (art. 1.864 del Código civil).

Dice el art. 1.865 que no surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha. Precepto es este muy interesante que deben tener en cuenta tanto el protutor como los vocales del consejo de familia, el primero para llenar satisfactoriamente la obligación que le impone el Código en el art. 236 de intervenir en la constitución de la fianza del tutor, los segundos para no aprobar una fianza que adolecería de un vicio grave, si no constara la fecha de la constitución en instrumento público, á tenor del art. 1.865. Llámase tercero al que no es parte en el acto ó contrato inscrito. Así lo determina el art. 27 de la ley Hipotecaria para los efectos de la misma. Por analogía, en este caso que tratamos, débese denominar tercero al que no es parte en el contrato de prenda otorgado.

Si al constituirse la fianza pignoraticia para la garantía de la

tutela no se hiciese constar por instrumento público la certeza de la fecha en que se constituye, podría luego un tercero, ostentando un título en forma, pedir para sí la prenda y arrebatarla de manos del menor, sólo porque en la pugna de los títulos vencería aquél, extendido con arreglo á derecho, del desprovisto de los requisitos legales.

El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder, ó en el de la tercera persona á quien hubiese sido entregada hasta que se le pague el crédito. Como cada acto tiene su fisonomía particular, la retención de la prenda, en el caso que estudiamos, se verificará depositando los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados á este fin (artículos 1.866 y 257 del Código civil).

El acreedor debe cuidar de la cosa dada en la prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho al abono de los gastos hechos, y responde de su pérdida ó deterioro, conforme á las disposiciones del Código.

No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso (art. 1.871).

El acreedor á quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario á la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades, y si tampoco diese resultado podrá el acreedor hacerse el dueño de la prenda. En este caso estará obligado á dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio (art. 1.872).

Tales son los preceptos más importantes que complementan la materia que estamos estudiando. Entremos ahora en el terreno de las cuestiones, y la primera duda que nos asalta puede concretarse en estos términos:

¿Es condición *sine qua non* la de que el tutor constituya la hipoteca ó la prenda en garantía de la tutela con bienes propios, ó es indiferente que una tercera persona extraña á la obligación principal asegure ésta, hipotecando ó pignorando los de su propiedad?

No habría incertidumbre de ningún género si los artículos 252 y 253 que comentamos hubieran sido más explícitos; pero no debemos olvidar que, al parecer, limitan la obligación al tutor diciendo: «*El tutor*, antes de que se le defiera el cargo, *prestará fianza* para asegurar el buen resultado de su gestión,» y á renglón seguido añade: «*La fianza* (es decir, la que el tutor está obligado á prestar) deberá ser hipotecaria ó pignoraticia.» Mas á pesar de este criterio estrecho y rigorista que se desprende del artículo citado, optamos por la afirmativa, entendiendo que puede un extraño garantir la obligación principal hipotecando ó pignorando sus bienes propios. Esta solución la fundamos en las siguientes consideraciones de Derecho.

En todo caso debe atenderse al espíritu de los Códigos. La interpretación literal que á veces encierra antinomias graves é inexactitudes de Derecho, debe ir cediendo plaza á aquella otra interpretación más racional y más jurídica que consiste en desentrañar el sentido de las leyes, procurando identificarse con el pensamiento del legislador, no con las frases que trazara su pluma, en muchas ocasiones incorrecta, en otras rebelde á la idea.

Acomodándonos á esta interpretación, sostenemos el criterio amplio y expansivo con que hemos resuelto la duda presente. ¿Qué busca el Código cuando exige una fianza al guardador? La seguridad completa de los bienes del menor, la reparación del daño si éste se produce. Para conseguirlo llega hasta un extremo un tanto aventurado, cual es la fianza personal. ¿Cabe suponer que el legislador, teniendo que elegir, optara por lo menos y rechazara lo más? De ninguna manera. He aquí por qué decimos que, habiendo admitido lo menos, que es la fianza personal, no puede repeler lo más, ó sea la hipoteca ó prenda constituída por una persona extraña á la tutela para seguridad de esta última.

Es indiferente para el menor ó incapacitado que la prenda ó hipoteca la preste el tutor con sus bienes propios ó un extraño con los suyos en seguridad de la obligación principal. Incumplida ésta, de la misma acción goza para perseguir los bienes, hállense en poder del hipotecante ó pignorante, ó en poder de un tercer poseedor; porque en todo caso, dada la naturaleza de la acción real que ejercita, perseguirá la cosa pignorada ó hipotecaria, con la única diferencia de que si se encuentra en manos de

un tercer poseedor y el hipotecante es una tercera persona extraña, aseguradora de la obligación principal, tendrá que requerirla primero de pago y si no hiciere efectiva la deuda, entonces podrá ir contra el tercer poseedor por la parte de que responda la cosa perseguida hipotecada ó pignorada.

La acción personal y directa que el extraño hipotecante tenga contra el tutor que no hubiere cumplido con la obligación principal de reparar el daño causado en la fortuna del pupilo, por su negligencia ó mala fe, no empece á la seguridad completa de que disfrutará el menor ó incapacitado. Es una acción de naturaleza distinta, completamente independiente de la acción real de que el menor disfruta, y cuyo ejercicio ni en poco ni en mucho atañe á la subsistencia y eficacia de la garantía.

Por último, si nos fijamos en la dependencia y subordinación de los preceptos del Código, tenemos que reconocer que la regla general determina la particular, máxime cuando ésta es ambigua como sucede en el caso discutido.

La segunda duda que nos sugiere el análisis del artículo que comentamos es la siguiente Cuando la prenda devengue intereses, bien porque consista en metálico depositado en la Caja general que á estos efectos dedica la Administración central del Estado, ó en valores públicos, ¿los percibirá el tutor ó se imputarán á la fianza? El art. 1.868 del Código civil dice que si la prenda produce intereses compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, ó en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.

Como puede observarse, la regla es terminante; mas á pesar de esto, nosotros estimamos que los intereses que produzca la fianza prestada por el tutor, los hará éste suyos sin imputarlos al capital. Partimos para sostener esta doctrina de la naturaleza de la obligación principal que la prenda garantiza, y además, del modo como se constituye la fianza pignoraticia para seguridad de la tutela. Hemos sentado como principio cardinal que la obligación de cuyo cumplimiento responde la prenda, nace en el momento que se produce un daño por la gestión tutelar. De aquí se deriva que puede muy bien terminar el tiempo de una guardaduría, y este es el caso más corriente, sin que se produzca menoscabo en la fortuna del menor ¿Qué razón hay para privar á un tutor de los intereses de la prenda, dejándole infructífero un ca-

pital, cuyos beneficios acaso necesite para ayuda de sus propias atenciones y de su familia? ¿Qué debe el tutor mientras cumpla con su deber para que se le arrebaten los intereses? ¿A título de qué han de imputarse al capital, con acrecentamiento de éste, si el caudal del pupilo no experimenta alta de ningún género, mucho más cuando está en las atribuciones del consejo de familia exigir el aumento ó consentir la disminución de la fianza? ¿No supone esto la inalterabilidad del capital dado en garantía mientras no se conceptúe preciso aumento por el consejo, cuya inalterabilidad quedaría destruída si por la acumulación de intereses fuera paulatinamente subiendo el depósito hasta la conclusión de la tutela?

Según preceptúa el art. 257 del Código civil, la fianza pignoraticia se constituirá depositando los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados á este fin. Como se observa, dado el aspecto jurídico de la prenda como garantía de la tutela, síguense reglas distintas de las que determinan el contrato considerado en su generalidad. En éste, el acreedor puede retener en su poder la cosa empeñada. En la tutela es requisito indispensable el depósito en un establecimiento público. ¿Qué indica esto, sino precisamente que la fianza pignoraticia continúa en el pleno dominio del tutor ínterin se ciña á su deber? ¿Y no es un principio de derecho indestructible que las accesiones de la cosa corresponden al dueño de ésta, y que quien tiene lo principal, tiene también lo accesorio?

Nos ratificamos, pues, en la opinión manifestada de que los intereses que la prenda produzca corresponden al tutor.

Otra cuestión ya esbozada va á ser objeto de nuestro estudio, y ya que no podamos tratarla con el detenimiento que requiere, procuraremos condensar nuestro pensamiento.

Hemos dicho que el art. 1.865 del Código civil consigna que no surtirá efecto la prenda contra tercero, si no consta por instrumento público la certeza de la fecha. Ateniéndonos á la interpretación gramatical, hemos considerado necesario que al constituirse la fianza pignoraticia se haga constar por ante la fe de Notario la fecha de la constitución. Las cuestiones las más de las veces no son otra cosa que advertencias á los legisladores y guías para el juzgador. En este caso, el problema está resuelto de plano por el Código, pero puede tener otra resolución, y esa es la que vamos á exponer.

Cuando la certeza de la fecha conste de una manera fehaciente, v gr., por *documento* público, ¿surtirá efecto contra tercero? Porque aun cuando el instrumento público se comprende bajo la denominación genérica de documento, dentro del género constituye una especie limitada á los autorizados por Notario.

Concretando el caso, resulta: si el tutor, al tiempo de constituir la fianza pignoraticia, no hace constar por escritura pública la certeza de la fecha, ¿producirá, á pesar de esta circunstancia, los mismos efectos para con respecto al perjuicio de un tercero la fecha cierta y evidente que aparezca, v. gr., en el resguardo expedido por el establecimiento público donde los efectos ó valores se hubiesen depositado, ó la fecha asimismo exacta que conste en el Registro de tutelas si éstos se llevan como la ley ordena, toda vez que, según el párrafo 3.º del art. 290, el registro de cada tutela debe contener el día en que haya sido prestada la fianza exigida al tutor, con expresión de la clase de bienes en que consista? En nuestro sentir, sí. El Código lo que requiere es que la fecha conste de una manera indudable. ¿Y qué más da que aparezca en el protocolo de un Notario ó en el libro Registro de tutelas de un Juzgado, en el primer caso, bajo la fe extrajudicial, en el segundo, bajo la judicial del actuario? Cierto que el Código ha dicho que conste en instrumento público; pero por ventura, ¿no hace fe un documento de la misma naturaleza?

Por último, dice el art. 1.227 del Código civil que «la fecha de un documento privado no se contará respecto de tercero, sino desde el día en que hubiese sido incorporado ó inscrito en un Registro público.» No dice el Código nada concerniente á la publicidad del Registro de tutelas; mas á los efectos de la autenticidad y certeza de la fecha, esto es indiferente. Además, público debe ser dicho Registro, porque de otra suerte, el que para contratar con un menor quisiere cerciorarse de si la tutela estaba inscrita, toda vez que de otra suerte el tutor carece de capacidad para el ejercicio de su cargo, se vería en la imposibilidad de satisfacer su natural y lógico deseo, y esto redundaría en grave perjuicio del pupilo, convirtiendo el Registro en un mecanismo inútil.

Sería altamente inmoral que al amparo de una sutileza cobijada por el impropio uso de los términos jurídicos de que tanto adolece nuestro Código, se consumara un fraude, arrebatando al

menor la prenda dada, porque un tercero ostentara un título en el que constase por escritura pública la exactitud y la certeza de la fecha. En esta ocasión, como en otras muchas ya anotadas, hay que apartarse de la interpretación gramatical, adoptando la que refleja el espíritu del Código.

Fianza subhipotecaria.—Tratadas la fianza hipotecaria y la pignoraticia, llegamos al sitio en que, traspasando la linde del campo custodiado y seguro de la hipoteca y la prenda, nos hallamos de frente en el un tanto peligroso de la fianza personal, es decir, la fianza propiamente dicha. De un terreno á otro no debemos pasar, aunque sea dando un rodeo, sin atravesar antes el intermedio de la fianza subhipotecaria.

Mas como al cabo este aspecto del afianzamiento de la tutela reviste alguna dificultad, no la hemos de rehuir, y vamos á plantear la cuestión de si, con ajuste al Código civil y al espíritu que le anima, debe admitirse la subhipoteca como aseguradora del resultado de la gestión del tutor.

No nos atrevemos á decir que sea la subhipoteca una verdadera hipoteca, como sostiene la Dirección general de los Registros en una de sus resoluciones, de que luego hablaremos, y buena prueba suministra la diferencia radical que existe respecto de los efectos que cada una produce. La hipoteca se constituye sobre un inmueble; la subhipoteca sobre algo que carece de corporalidad, sobre un derecho, y no puede convertirse en una carga que grave el inmueble por un acto extraño á la voluntad del dueño de la cosa hipotecada, construcción y quebranto de sus elementos constitutivos, como se convertiría si fuera una verdadera hipoteca en el sentido generalísimo y equivalente en que ha apreciado la Dirección general, deduciendo de un principio falso consecuencias también falsas.

La hipoteca del derecho real de hipoteca voluntaria no es una verdadera hipoteca como esta última, sino una verdadera subhipoteca, cuya resolución pende de la subsistencia de aquel derecho principal que le comunica la vida. La hipoteca pesa sobre la cosa á merced del deudor y por la voluntad del dueño hasta que la obligación principal se cumpla. La subhipoteca queda pendiente de la resolución del derecho de hipoteca voluntaria, de tal suerte que, extinguida ésta, se extingue asimismo la subhipoteca, de la misma manera que, muerto el tronco del árbol, mueren las ramas.

Los doctos comentaristas de la legislación hipotecaria española y ultramarina, Sres. Galindo y Escosura, tratan con profundidad y valentía este punto, y á la obra de dichos señores remitimos aquellos de nuestros lectores que quieran ahondar más la cuestión.

Dice el art. 107 de la ley Hipotecaria en su número segundo que podrá hipotecarse, pero con las restricciones que á continuación se expresan... 8.°, el derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él de la resolución del mismo derecho.

Presentemos el siguiente ejemplo: *A* da en préstamo á *B* la cantidad de 20.000 pesetas, y éste garantiza su pago con una hipoteca constituída sobre una casa de su propiedad á favor del primero. El consejo de familia nombrado al menor *C*, designa tutor á *A*, y, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 252 del Código civil, le obliga á constituir fianza en garantía de la tutela. *A* carece de otros bienes que aquellos que representan el derecho de hipoteca voluntaria inscrito á su favor.

¿Puede asegurar la tutela subhipotecando el expresado derecho? La hipoteca del derecho de hipoteca, como sujeta á restricción y subsistente en tanto no se resuelva la hipoteca voluntaria constituída, cabe sostener que pende de una condición resolutoria, cumplida la cual se extingue completamente.

Mientras tanto que el derecho de hipoteca voluntaria subsista, como subsiste la subhipoteca, por la que el subhipotecante transfiere al subhipotecario, ó sea al acreedor, su derecho, ninguna dificultad hay, en apariencia, para resolver en sentido afirmativo la pregunta, á pesar del silencio del Código. Empero esta libertad que se deduce del somero examen de la cuestión, se convierte en obstáculo realmente grave en el instante mismo en que, ahondando en la naturaleza propia de la subhipoteca, la consideramos como derecho, cuya existencia va unida á la de la hipoteca voluntaria. Si la subhipoteca, como dice la resolución de la Dirección general de los Registros de 19 de Julio de 1879, no pudiese ser cancelada sin el consentimiento de las personas á cuyo favor se hizo la inscripción ó de sus causahabientes, y en su consecuencia por el primer acreedor y por el segundo, en quien ha recaído alguno de los derechos de la hipoteca, eviden-

temente la subhipoteca se podría admitir como garantía con la misma amplitud y confianza que la hipoteca con propios bienes. Mas como la doctrina entreverada de la expresada resolución, mezcla de principios antijurídicos derivados de un concepto falso sobre el que gira el raciocinio, perece entre dos fuegos, lanzados los unos por la resolución de 13 de Agosto de 1863, y los otros por el art. 2.°, regla 4.ª del Real decreto de 20 de Mayo de 1880 (*Gaceta* del 23), la dificultad aumenta, porque el peligro se vuelve más tangible y positivo.

La indicada resolución de 13 de Agosto de 1863 mantiene la doctrina del art. 107 de la ley Hipotecaria, y consigna que la hipoteca constituída sobre el derecho de hipoteca voluntaria, queda pendiente de la resolución del mismo derecho y procede su cancelación cuando el que se halle inscrito en el Registro se extingue por completo, como sucede cuando el deudor paga su deuda, según se expresa en los artículos 79 de la ley y 67 del Reglamento, puesto que la cesión de un crédito no perjudica al deudor, á quien debe serle indiferente pagar al cedente ó al cesionario, al paso que la subhipoteca, según se consigna en la exposición de motivos de la ley Hipotecaria, como acto ajeno al dueño de la cosa hipotecada, vendría á hacer más grave la situación de éste si no desapareciere simultáneamente con la hipoteca. Añade la expresada resolución que procede la cancelación de una hipoteca constituída á la seguridad de pago de una deuda en vista de la carta de pago correspondiente, por más que haya sido subhipotecado el mencionado crédito por el acreedor para garantir otra deuda.

El art. 2.°, regla 4.ª del Real decreto de 20 de Mayo de 1880, preceptúa que las inscripciones de subhipotecas á que se refiere el núm. 8.° del art. 107, constituídas sin las formalidades que para las cesiones de créditos hipotecarios establece el art. 153, y las de esta clase comprendidas en el art. 154, podrán cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del subhipotecante ó cedente.

De la resolución y reglas citadas se deduce que la subhipoteca es de condición tan restringida, que no presta la seguridad deseable al segundo acreedor, por cuanto queda al arbitrio del primero y principal deudor, dueño del inmueble hipotecado, extinguir la hipoteca y cancelarla pagando la deuda, quedando á su vez *ipso*

facto extinguida la subhipoteca, sin contar para nada con el consentimiento del subhipotecario, cuyo deudor no le merece cuidado de ningún género, pues si así no fuese, acontecería, como dice la exposición de motivos de la ley Hipotecaria, que un acto ajeno al dueño de la cosa, vendría á hacer más grave su situación.

Hablando de la subhipoteca, dijeron los autores de la mencionada ley, en su notable preámbulo, estas palabras: «Mas la autorización para subhipotecar, que no presenta mayor inconveniente respecto á las hipótecas voluntarias, no puede admitirse en las legales. En éstas se trata de la protección de personas jurídicas ó desvalidas, ó de intereses á que el deudor dispensa una protección más directa para que no sean perjudicados.

Dar facultad para que las personas así protegidas, y que por razón general no tienen capacidad para contraer, pudieran subhipotecar, equivaldría á destruir la hipoteca legal en favor de ellas constituída.»

Como observarán nuestros lectores, esta prohibición se contrae, por lo que hace al caso que estudiamos, á los menores é incapacitados, mas ella es suficiente para ilustrar el criterio respecto á la posibilidad de que la tutela se garantice con una subhipoteca.

Hemos visto que por la subhipoteca se transfieren al subhipotecario todos los derechos del subhipotecante mientras dura la hipoteca voluntaria, de suerte que la transferencia del derecho lleva, en cierto modo, la cesión restringida por cuanto pende de la resolución del derecho de hipoteca voluntaria.

Es de notar que la regla 4.ª del art. 2.º del Real decreto de 20 de Mayo de 1880 habla de subhipotecas constituídas sin las formalidades que para las cesiones de créditos hipotecarios establece el art. 153. De la manifestación de dicho Real decreto viénese á parar á la conclusión de que las subhipotecas pueden constituirse llenando las formalidades que el referido art. 153 preceptúa.

Dice así este artículo: «El crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga por escritura de que se dé conocimiento al deudor y que se inscriba en el Registro.»

«El deudor no quedará obligado por dicho contrato á más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los

derechos del cedente.» Sus concordantes, artículos 107 al 110 de Reglamento, prescriben que antes de verificarse la inscripción se dará conocimiento al deudor, á menos que hubiese renunciado á este derecho en escritura pública, ó se tratase de hipoteca constituída para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador, por medio de una cédula que redactará y firmará el Notario que haya otorgado la escritura, expresando en ella solamente la fecha de la cesión, la circunstancia de ser total ó parcial y, en este último caso, la cantidad cedida y el nombre, apellido, domicilio y profesión del cesionario. El Notario hará entrega de dicha cédula al deudor, y si no le encontrase, la efectuará en la forma prescrita por el art. 274 de la ley de Enjuiciamiento civil para los emplazamientos. Si el deudor no residiere en el pueblo donde la escritura se otorgue, se tendrá por hecha la notificación, mas el cedente quedará obligado á notificar judicialmente al deudor la cesión verificada, bajo la responsabilidad establecida en el art. 154 de la ley Hipotecaria. La cesión del derecho hipotecario se consignará en el Registro por medio de una nueva inscripción.

Tales son los preceptos de la ley y del Reglamento relativos á las formalidades con que la cesión debe efectuarse. No se necesita mucha sagacidad y perspicacia para penetrarse de que la ley exige estas solemnidades con objeto de evitar que el cesionario sea burlado en sus derechos, cuando de subhipoteca se trate, para precaver que el burlado sea el segundo acreedor.

La situación del cesionario ó del segundo acreedor sería precaria é insostenible, y la cesión y la subhipoteca se convertirían en uno de tantos medios amparadores del fraude con detrimento grave de la moral jurídica. El deudor, si desconoce la cesión al vencimiento del plazo ó de los plazos, ó antes, si dispone de fondos y es su voluntad, pagará al cedente y extinguirá su obligación; la hipoteca quedará cancelada y arrastrará tras de sí la subhipoteca ó la cesión, puesto que no pudiéndose transmitir más derechos de aquellos que se disfrutan, extinguidos éstos, mueren también los que penden de la resolución del principal. ¿Qué le quedará al cesionario? El derecho de reclamar al cedente el perjuicio sufrido, y esto, unas veces lo obtendrá, las más perderá el precio de la cesión ó de la subhipoteca. He aquí de relieve el gravísimo perjuicio que se irrogaría á los que, llevados de su buena

fe, dieran su capital con la garantía de un contrato verdaderamente ilícito, si no se notificase al deudor la cesión realizada. Por esto estatuye la ley que se notifique al deudor, y por esto dice la resolución de 15 de Junio de 1885 que la regla general de que antes de inscribirse los contratos de cesión de crédito hipotecario se dé conocimiento al deudor, tiene por objeto «*evitar* que alegando el deudor ignorancia, haga el pago á su primitivo acreedor y se trocase ilusorio el derecho del cesionario.» Si notificada al deudor la cesión, é inscrita en el Registro, pagase al cedente, no se podría cancelar la hipoteca porque la carta de pago aparecería extendida á nombre de este último y no del cesionario, verdadero dueño por virtud de la subrogación. Con un medio tan sencillo como una simple notificación, se evitan graves daños.

Ahora bien: la subhipoteca, aunque se diferencia sustancialmente de la cesión, cuanto por esta última se subroga el cesionario al cedente y por aquella continúa el acreedor dueño del crédito, es indudablemente garantía adecuada para la tutela, al paso que la cesión de un crédito hipotecario repugna á la naturaleza del afianzamiento tutelar, que no responde de una obligación de presente, sino de una obligación futura é incierta, porque puede el tutor llenar satisfactoriamente sus deberes y rendir cuentas justificadas, en cuyo caso la garantía habrá de devolvérsele íntegra, ó puede causar un daño, y nacer entonces la obligación de repararle. La subhipoteca, en cuanto no se resuelva el derecho de hipoteca voluntaria, participa de la naturaleza de esta última, y si se constituye con las solemnidades prevenidas en el artículo 153 de la ley Hipotecaria, es á saber, el otorgamiento de escritura pública y la notificación al deudor, asegura suficientemente la tutela.

Volviendo al ejemplo que pusimos al principio, si *A*, al subhipotecar á favor del menor *C* el derecho de hipoteca voluntaria constituído por *B* sobre una casa de su propiedad, notifica en forma á este último la subhipoteca constituída, y así se hace constar en la inscripción, resultará que *B*, al extinguir la obligación pendiente haciendo pago de su crédito, se cuidará mucho de no hacer pago á favor de *A*, y reclamará del consejo de familia de *C* la oportuna carta de pago con que cancelar la hipoteca.

En esta especie de contraposición de intereses entre el menor *C* y su tutor *A*, el protutor y el consejo constituirán en depósito el crédito cobrado, pudiendo, si resultase excesiva la cantidad, autorizar su reducción, á tenor del art. 259 del Código civil. De esta suerte la fianza subhipotecaria se convertirá en pignoraticia, sin que por un momento peligre el caudal del pupilo. ¿Rechaza el Código civil este medio de afianzamiento? Expresamente, desde luego puede asegurarse que no. Antes al contrario, existe una razón para sostener su pertinencia. La subhipoteca, constituída con las solemnidades del art. 153 de la ley Hipotecaria, inviste al menor de un derecho que garantiza su caudal, ciertamente en mayor grado que la fianza personal. Esta consideración que la subhipoteca nos merece, explica por qué la hemos tratado en este lugar intermedio. La fianza personal es una garantía honoraria, si se permite la expresión; la subhipoteca comunica una seguridad real. Aquélla la sanciona el Código porque confía en el celo del protutor y en la solicitud encendida por el cariño de los parientes que forman el consejo. Estos apoyos legales son aplicables á la subhipoteca, con una circunstancia en su beneficio, á saber, la de que presta una seguridad material, tangible, que descansa, en último término, sobre el gravamen de un inmueble, al paso que la fianza personal, como la denomina el Código, no concede más que una garantía incorpórea, la conciencia del fiador.

Resumiendo tan larga digresión, somos de parecer que la subhipoteca constituída por escritura pública y notificada al deudor con las solemnidades que prescribe el art. 153 de la ley Hipotecaria, asegura suficientemente el buen resultado de la gestión del tutor y debe admitirse como uno de tantos medios de afianzar la tutela. Tal es nuestro dictamen.

Cruzado este árido terreno, llegamos al cabo á la fianza personal.

4.° *Fianza personal.*— Solamente en defecto de la garantía hipotecaria ó pignoraticia, constituída con bienes propios por el tutor ó por una tercera persona extraña á la obligación principal que la asegure hipotecando ó pignorando los suyos, admite el Código civil la fianza personal. En puridad de derecho, huelga el calificativo *personal* que trasciende á redundancia, justificada, en cuanto cabe disculpar una enfadosa repetición, por el hecho

de enunciar la garantía hipotecaria y la pignoraticia con el término *fianza* tomado como genérico.

La fianza no puede menos de ser personal como la acción que produce. Por esto dice el art. 1.822 del Código que por la fianza se obliga *uno* á pagar ó cumplir por *un tercero*, en el caso de no hacerlo éste. Prescindimos de la antinomia que resulta de la definición al decir que se obliga *uno*, cuando pueden ser varios, desde el instante que el Código admite los cofiadores. Pero no es este el lugar adecuado para entrar en la crítica de la definición de la fianza. A la manera como la hipoteca es de dos clases, voluntaria y legal, ora proceda del consentimiento de los contratantes ó del imperativo de la ley, así la fianza es también convencional y legal según derive de la convención ó del precepto En este caso que estudiamos, es decir, cuando la fianza garantiza la obligación de reparar el daño que el tutor ocasione con una viciosa ó desgraciada administración, reviste un temperamento intermedio, porque no puede decirse que sea voluntaria en el sentido estricto de la palabra, pues que la ley ordena que se constituya en defecto de hipoteca y prenda, ni puede afirmarse en redondo que todos sus caracteres concuerdan con los genuinos de la fianza legal, aunque, dado su aspecto jurídico, más se incline hacia este término de la división de la fianza.

El Código civil recurre al medio de la expresada garantía en la imposibilidad de constituir alguna de las anteriores. La imposibilidad es un concepto tan indeterminado, y es tanta su relatividad, que las más de las veces depende de la situación eventual del ob igado. Así, v. gr., una persona designada tutor en un testamento sin relevación de fianza, y obligada, por lo tanto, á constituirla, posee un pequeño capital con el que, mediante á su gestión en Bolsa, obtiene lo suficiente para llenar sin holgura, pero sin estrechez, las atenciones de su familia. Retener aquel capital depositándolo en un establecimiento público, equivale á privar á su dueño de los medios de vida. ¿Puede decirse que en este caso le es imposible al tutor constituir la fianza pignoraticia y procede en su defecto la personal? Nuestros días se caracterizan, en cuanto atañe á las relaciones de derecho latentes, por el préstamo y por el temeroso procedimiento ejecutivo. Si el designado tutor tuviese su capital prestado y careciese de bienes inmuebles, siéndole imposible constituir en depósito una cantidad metálica,

¿podrá asimismo sostenerse que la fianza personal es procedente?

Casos son todos estos dudosísimos, pero no por eso menos respetables.

La solución fluctúa entre estos dos términos: ó considerar que la imposibilidad de que el Código habla es la absoluta que implica la carencia total de bienes muebles ó inmuebles, ó interpretar dicho concepto amplificativamente, dejando al criterio prudencial de los vocales del consejo de familia la apreciación de los motivos alegados por el tutor para no constituir la fianza pignoraticia. Si nuestra opinión vale algo, diremos que nos decidimos por la interpretación expansiva, que nos parece la más racional.

Siendo el tutor insolvente, con dificultad encontrará quien se obligue á pagar ó cumplir por él cuando no lo haga, en caso de un descubierto en la fortuna del pupilo. El fiador no se ata con una obligación ineludible si no tiene el deudor principal la solvencia bastante á responder en su día. La honradez ni se cotiza ni se tasa en metálico, y es cada día más raro encontrar filántropos que arrostren el peligro, cuando sólo empeña aquel por quien fían una ejecutoria de hombría de bien.

Por estos motivos, formando al lado de los que sostengan la interpretación amplia y lógica, creemos descubrir la idea del legislador al estatuir la fianza personal, cuando fuere *imposible* constituir la hipotecaria ó la pignoraticia. Si tal no fuera el espíritu del Código, habría que reconocer entonces un vicio en la expresión, porque en lugar de emplear la frase que hemos analizado, debiera haber dicho: *cuando carezca de bienes muebles ó inmuebles con que constituir alguna de las anteriores.*

En este lugar afirmamos lo mismo que al tratar de la fianza pignoraticia; hay necesidad de recurrir al sitio donde el Código desenvuelve la doctrina concerniente al contrato de fianza, para complementarla en la forma debida.

El obligado á dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. (Art. 1.828 del Código civil.)

Si el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas en el artículo anterior. (Art. 1.829 del Código civil.)

El fiador que haya de darse por disposición de la ley debe reunir las cualidades prescritas en el art. 1.828. (Art. 1.854 del Código civil.)

Si fuéramos nada más que á planear todas las cuestiones que pueden presentarse, no agotaríamos la materia dentro de los límites á que por la índole de nuestro libro tenemos que ceñirnos. Así es que nos vamos á contraer á los puntos de vista más generales relativos á la fianza:

1.° Habiendo constituído el tutor en garantía de la tutela fianza personal por imposibilidad de prestar hipoteca ó prenda, si con posterioridad adquiriese bienes inmuebles ó rescatase muebles ó títulos ó cualquiera otra cosa susceptible de posesión y como tal propia para ser pignorada, ¿estará obligado á tornar la fianza personal por la hipotecaria ó pignoraticia, toda vez que se halla en condiciones para constituirla? Estimamos que, con efecto, deberá extinguirse la fianza personal, sustituyéndola cualquiera de las dos que el Código exige con preferencia. Y esto por dos razones. La primera arranca del mismo texto legal que analizamos. Dice el art. 253 del Código que solamente se admitirá la fianza personal cuando fuese imposible constituir hipoteca ó prenda. Trátase, pues, de una excepción justificada por la imposibilidad del tutor y por el deber de la ley de proveer al amparo del menor ó incapacitado por todos aquellos medios que están á su alcance. La fianza personal es, si se nos permite la expresión, una anormalidad dentro de la esfera aseguradora de la tutela, cuya anormalidad debe cesar, restableciéndose el imperio de lo normal en el instante mismo que desaparezcan las circunstancias excepcionales que las generaron. Ahora bien: si el tutor recobra los bienes detentados ó los adquiere de nuevo por su industria ó trabajo, y llega como consecuencia de lo dicho á encontrarse en la posibilidad de hipotecar ó pignorar sus bienes, acrecentando el valor y eficacia de la garantía, ¿qué razón hay para persistir en la situación que hemos expuesto, siempre nebulosa por el peligro que envuelve la fianza personal, y no despejar los horizontes, asegurando de la manera radical que lo hace la hipoteca inscrita ó la prenda depositada, el caudal del menor? ¿No dice el Código que sólo en el caso de que sea imposible la prenda y la hipoteca se admite la fianza? Pues si la imposibilidad desaparece, el texto expreso legal se impone, sin parar mientes en si

se refiere ó no á los comienzos de la tutela, puesto que se trata de un precepto general aplicable en todas ocasiones, como, v. gr., si un tutor nombrado con relevación y una vez ya en el ejercicio de su cargo inspirase sospechas al consejo de familia y éste le obligara á afianzar la tutela. El segundo fundamento que tenemos para sostener nuestra tesis es, por decirlo así, el ascendiente legítimo del anterior y del cual aquél deriva como hijo con todos los privilegios de la primogenitura. Al cabo no es otro que el principio cardinal que anima la tutela, idea generadora de multitud de preceptos consignados en nuestro Código y en los de todos los países.

La sociedad tiene un deber que cumplir con aquellos seres que de ella forman parte y que se encuentran desprovistos del apoyo que los padres prestan en los primeros años de la vida y que la inteligencia proporciona en los siguientes. Este deber, que compete en primer término á la familia, y traspuesto este límite, á los demás ciudadanos, puro en su esencia, se bastardea en su ejecución si no se enfrena la codicia del tutor con la retención de aquello que más quiere el hombre, sus propios intereses. La fortuna ajena no siempre se mira con la misma pasión que la propia, sobre todo, cuando sólo se presta una obligación garantida por la solvencia, mas no por la material seguridad de un depósito ó una inscripción. ¿Quién puede evitar que el fiador deje de cumplir la obligación principal? ¿Por ventura no dice el Código, previendo esto mismo, que en el caso de fianza personal pueden adoptarse cualesquiera determinaciones para la conservación de los bienes del menor ó incapacitado? Si comenzamos un camino erizado de dificultades y al borde de una sima, y de pronto la senda se bifurca, y se presenta una llana y segura y otra que continúa bordeando el precipicio, conduciendo ambas al mismo punto, ¿seguiremos por la senda peligrosa, ó penetraremos resueltamente por el camino franco y llano? La contestación huelga. Pues lo mismo decimos con relación al caso que nos ocupa.

El Código no le ha previsto concretamente, pero ha sentado el principio, dejando á los Tribunales y juristas la labor de deducir las consecuencias.

¿Es concebible que la ley quiera el daño del menor y acaso la pérdida absoluta del capital que sus padres le legaron? ¿Cómo ha de amparar este absurdo? ¿Podemos volver los ojos atrás repu-

diando el explendente luminar del derecho natural? ¿Por ventura no le reconoce el Código un lugar preeminentísimo? ¿Y no enseña éste que la tutela se constituye para el cuidado del menor y la defensa de sus bienes? ¿Pues cómo se le defenderá si los que tienen la misión delicadísima de regular la tutela juzgando la gestión del tutor, no apartan al menor del peligro cuando la posibilidad se presenta? He aquí cómo el derecho natural y el positivo vienen de consuno en apoyo de nuestra deducción.

2.° El Código civil, en el art. 1.822, dice, al tratar de la naturaleza y extensión de la fianza, que si el fiador se obliga e solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la Sección 4.ª, cap. III, tít. I del libro IV, que trata de las obligaciones solidarias. Ocurre á seguida preguntar: ¿puede el tutor obligarse solidariamente con el fiador? El Código civil no lo prohibe; antes bien, en tesis general, lo sanciona en el precepto transcrito.

Ciertamente cabe argüir que en el art. 253 aparentemente sólo admite la fianza personal, es decir, la que preste un extraño indivisiblemente sin tolerar la ingerencia del tutor y su obligación solidaria; mas, en nuestro juicio, no puede negársele al tutor la facultad de obligarse á responder por la obligación principal, solidariamente con el fiador, tanto porque enfrente del principio general no hay un precepto particular terminante que subordine y limite el caso á sus disposiciones, cuanto porque el menor ó incapacitado, desde el momento que el daño se produzca y surja la obligación de repararle, puede repetir contra cualquiera de los obligados solidariamente, así contra el tutor como contra el extraño ó contra los dos simultáneamente, sin perjuicio de que si se dirigiese contra uno solo de los deudores, pueda luego repetir contra los demás en el entretanto que la deuda se pague por completo. (Art. 1.144 del Código civil.)

Ya comprendemos que el caso ha de presentarse rara vez, porque las obligaciones solidarias entre el fiador y el deudor principal influyen poco en el aspecto jurídico del contrato, toda vez que desde el momento en que el Código establece el beneficio de excusion, es indiferente que el deudor se obligue ó no, porque la ley le ata con el deber inexcusable de responder con sus bienes antes de que la acción se dirija contra el fiador. Mas como estas consideraciones de derecho ceden ante la manifestación expresa

del art. 1.822 del Código civil, hemos resuelto la duda, llenando de este modo la penosa tarea que nos hemos impuesto.

3.° La tercera cuestión, acaso la más interesante y digna de detenida reflexión se condensa en estos términos:

¿Puede la mujer salir fiadora por su marido cuando éste, habiendo sido nombrado tutor, le fuese imposible constituir prenda ó hipoteca?

Esta materia atrajo nuestra atención al comentar el art. 61 del Código civil (véase tomo II). Allí, tratándola en tesis general, dijimos: «El Código se encierra en un mutismo absoluto que contrasta notablemente con la importancia de la cuestión y la claridad de la ley 61 de Toro, cuyo contenido se viene consignando en las leyes castellanas, tomándolo de las romanas y especialmente del Senado Consulto Veleyano desde las Partidas acá. Débese interpretar tal silencio en el sentido de que, de hoy en adelante, la mujer puede salir fiadora por su marido y prestar su consentimiento al contrato de fianza con el debido requisito (licencia marital).»

Siempre nos ha parecido un tanto aventurada esta doctrina. Mas el artículo citado 61 y la omisión, sin duda intencionada, del precepto prohibitivo de la ley 61 de Toro en el título que de la fianza se ocupa, suministran argumentos más que suficientes para apoyar en ellos de una manera sólida la opinión afirmativa que sustentamos. Al establecer el referido art. 61 que la mujer no puede sin licencia ó poder de su marido adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes ni *obligarse* sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley, sanciona asimismo que cuando el esposo otorgue su licencia, la mujer puede *obligarse* sin otra limitación que la que las leyes le impongan. La deducción cae de su peso. ¿Hay algún artículo en el Código que prohiba á la mujer afianzar por su marido? Si le hay, muy oculto debe estar. Nosotros no le hemos hallado. Luego si no existe, si por lo que respecta á la fianza, la regla general de que la mujer puede obligarse con licencia del marido no aparece contradicha, antes bien, confirmada por el silencio, que implica un asentimiento tácito, hay que deducir, máxime cuando es principio corriente de interpretación que las disposiciones prohibitivas deben constar de un modo expreso y que el silencio no puede traducirse por negación, sino afirmativamente, que la mu-

jer casada tiene capacidad para afianzar por su marido y obligarse de mancomún con él. Ahora bien: ¿puede influir algo en la deducción generalísima que hemos expuesto su aplicación al caso concreto de afianzamiento de tutela? O lo que es lo mismo: ¿la mujer tiene capacidad para salir fiadora de su marido, garantizando la tutela que éste desempeñe?

Según nuestro criterio, la tiene, y las mismas razones producidas son aplicables con relación á esta pregunta que hemos formulado. Una de tantas obligaciones que pueden afianzarse es la de la tutela. Estando facultada la mujer para obligarse, previa la licencia marital, toda vez que por virtud de dicha licencia, la capacidad de la mujer casada se equipara á la del varón mayor de edad en la plenitud de sus derechos civiles, salvo las excepciones de la ley, no hay razón abonada para mantener una dualidad de criterio sin fundamento que la justifique, y deducir en puridad de derecho que la mujer puede afianzar por su marido en toda clase de obligaciones lícitas, y que está incapacitada para salir fiadora por la obligación de reparar los daños que ocasione la administración de aquél como tutor de un menor ó incapacitado. Concluímos, pues, reproduciendo la doctrina ya consignada en el comentario del art. 61, y afirmando que, según nuestro concepto, la mujer puede ser fiadora personal de su esposo en el caso de que éste careciere de hipoteca ó prenda con que garantizar la tutela.

Un último punto nos va á detener breves instantes.

El Código civil se ha reservado expresar la manera cómo ha de constituírse la fianza personal. A pesar de este silencio, la solución se impone. Desde luego afirmamos que por escritura pública.

Para sostener este dictamen arrancamos, no de un texto legal que terminantemente consigne que el contrato de fianza ha de constar en instrumento público, sino que nos basamos en un cálculo previsor y también en una derivación racional de un artículo del Código. Este cuerpo legal, ni en los artículos que consagra á desarrollar el contrato de fianza, ni en aquellos otros que se ocupan de la eficacia de los contratos, expresa que éste que estamos examinando deba constar en documento público; de donde se deduce que será obligatorio cualquiera que sea la forma en que se celebre, siempre que en él concurran las condiciones esenciales para su validez, ó sea consentimiento, objeto y causa.

Tampoco en lo que atañe al contrato de prenda se dice en los artículos que se ocupan de la eficacia de los contratos que sea necesaria la escritura pública, y, sin embargo, hemos visto que si no se hace constar en esta forma la certeza de la fecha, no surte efectos contra tercero, haciéndose indispensable en cierto modo para que la prenda se constituya el otorgamiento de un instrumento público. En la fianza ni aun esto se consigna. Pero, ¿por ventura no hay un artículo en el Código que, con ánimo de restringir la contratación por documento privado, dice que la fecha de un documento de esta clase no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado ó inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron ó desde el día en que se entregase á un funcionario público por razón de su oficio? (Art. 1.227.)

Pues ¿á qué se ha de afrontar el peligro cuando tan fácilmente puede prevenirse con el otorgamiento de una escritura pública que surta desde luego su eficacia haciendo prueba plena sin necesidad del reconocimiento de firma y sin correr el albur que como vicio congénito lleva consigo todo documento privado de ser redargüido de falso por un contrario de mala fe? Ténganlo muy presente los vocales del consejo de familia que han de dictaminar acerca de la fianza, y no lo olvide tampoco el protutor, porque en su misión fiscalizadora está impedir todo daño del menor y sorprender en su germen, destruyéndola, cualquiera argucia de un tutor ladino que se prevalga de su cargo para obtener por medios reprobados un ilícito provecho. Cerramos aquí el estudio de la fianza personal y proseguimos el comentario del art. 253.

Los redactores del Código, penetrados de la escasa seguridad que al pupilo proporciona la obigación que un extraño contraiga de pagar ó cumplir por el deudor principal, han puesto lindes al campo donde el tutor tiene derecho á moverse con entera libertad, confiriendo al consejo de familia facultades de que no goza cuando el tutor constituye una hipoteca ó da una prenda. Para convencerse de ello no hay más que leer el último párrafo del art. 253 que nos ocupa. La garantía que presten los fiadores, dice, no impedirá la adopción de cualesquiera determinaciones útiles para la conservación de los bienes del menor ó incapacitado. Cuáles sean esas medidas de precaución que el consejo deba acordar lo determinará el aspecto peculiar de cada caso y mil

prolijas circunstancias imposibles de sospechar, como, v. gr., la conducta torcida del tutor ó su honradez reconocida, la clase de bienes que el pupilo posea, la renta más ó menos subida, etcétera. Pero á pesar de esto, pueden indicarse algunas determinaciones previsoras. Así, por ejemplo, el depósito en lugar seguro de los muebles preciosos y alhajas; de igual manera, el depósito en un establecimiento público del metálico y títulos que al menor correspondan; la limitación de la cantidad de que el tutor haya de disponer para sufragar los gastos que ocasione la educación del pupilo, obligándole á depositar en lugar adecuado el precio de los arrendamientos, alquileres é intereses en cuanto excedan de la suma que se deje á su manejo; la intervención de la venta de frutos que las heredades del menor produzcan, así como las de las cortas y desbroces de los montes que el pupilo posea, y otras muchas más medidas que la necesidad sugiere.

El Código no dice en el artículo que estudiamos, y debiera decirlo, quiénes tienen capacidad para tomar estos acuerdos limitativos de las facultades del tutor; mas como el consejo de familia es el organismo regulador de la tutela, despréndese, y así lo hemos manifestado, que únicamente al consejo compete adoptar aquellas previsoras determinaciones que aconseje la prudencia.

Pasando á otro punto, cúmplenos examinar el art. 254.

Después de consignar el Código la obligación de todo tutor de afianzar la gestión que por razón de su cargo se le confiere, era lógico que determinase el cuánto de dicho afianzamiento. Y en este punto no ha tenido que hacer otra cosa sino copiar el artículo 1.865 de la ley de Enjuiciamiento civil, complementando su contenido con una disposición original y digna de alabanza, porque revela, á más de la intensa simpatía que al legislador le merece el niño desgraciado que perdió á sus padres, ó el adulto cuya razón se oscureció, el deseo de armonizar las disposiciones legales con las exigencias de un tiempo en que por el desarrollo de las empresas fabriles y por el vuelo prodigioso del comercio, consiste muchas veces el patrimonio del menor ó incapacitado en una empresa industrial ó mercantil.

Tres partes contiene el art. 254. La primera dice así: la fianza debe asegurar el importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor. Bajo la denominación de bienes muebles com-

prende el Código, por oposición á los inmuebles, todos los que no sean de esta naturaleza y en general los que se pueden transportar de un punto á otro sin menoscabo de la cosa inmueble á que estuvieren unidos. Así, pues, un rebaño es hoy día una cosa mueble. Cuando el capital del menor consista en esta clase de bienes, como la alteración es continua, según se aumenten ó disminuyan las cabezas, y es claro que la fianza no va á estar en fluctuación permanente á merced de las alzas ó bajas en el número de las reses, hay que fijar éste en un día determinado y practicar la apreciación tomando como existencia la que en dicho día aparezca. La tasación, único medio que puede emplearse para la fijación del valor, deberá practicarse por peritos imparciales en las diligencias previas para la constitución de la fianza.

Según el capital que de la valoración resulte, en la misma cuantía asegurará el tutor con su fianza, sin perjuicio de que si por efecto de una epidemia, el rebaño se extinguiese ó disminuyese notablemente de tal modo que la repoblación natural hubiese de durar largos años, puede el tutor pedir, y el consejo de familia conceder, la disminución de la fianza.

Si el capital consistiese en alhajas ó muebles preciosos, su valor se determinará por tasación pericial, á no ser en el caso de que el consejo de familia desde luego acordare que se constituyan en depósito dichos objetos.

No indica el Código civil otro medio cuando de bienes muebles y *semovientes* se trate. La tasación, pues, practicada por peritos imparciales, si los bienes no estuviesen anteriormente tasados, ó mediase conformidad en la apreciación que de común acuerdo hagan los vocales del consejo y el tutor, es el medio legal para determinar su valor. Tal es la disposición del art. 266 en su segundo inciso, artículo, ó mejor dicho, inciso que en el lugar donde aparece colocado huelga por entero, y hubiese venido que ni de molde á continuación del artículo que comentamos.

Si se tratase de efectos públicos que el tutor hubiese de manejar, como éstos tienen un valor nominal y otro efectivo que se fija por la cotización, á ella habrá que atenerse para la regulación de la fianza del tutor, tomando como tipo la del día inmediato anterior al en que la fianza se constituya.

La segunda parte del artículo que nos ocupa se refiere á las

rentas ó productos que durante un año rindieren los bienes que entren en poder del tutor.

A primera vista, obsérvase una diferencia con la ley de Enjuiciamiento civil, precedente autorizado de la doctrina actual.

Aquella ley establecía en el art. 1.865 que el tutor había de prestar fianza suficiente á garantizar el importe de los bienes muebles y la renta ó productos de los inmuebles. Nótese que el Código civil no ha circunscrito la fianza á la renta de los bienes raíces, sino que al omitir la palabra *inmuebles* la ha hecho extensiva á toda clase de productos y rentas de bienes, ora sean éstos muebles, ora inmuebles. Hay algunos muebles que no producen nada, si especialmente no se consagran al ejercicio de una industria; así, v. gr , las alhajas, los muebles preciosos. Claro es que á éstos no se refiere el precepto del Código civil que estudiamos, y como fácilmente se comprende, hay que restringir su significación, aplicable en su sentido literal cuando los bienes muebles del menor consistan en dinero ó títulos de la Deuda pública, ó rindan algún producto. En el primer caso, como el metálico no puede dejarse en estancamiento y sin producir nada, á riesgo de que el tutor abone, según preceptúa el art. 273 del Código civil, los intereses legales que hay que suponer producirían dichos bienes diestramente manejados, el tutor debe asegurar con su fianza, para cumplir con el núm. 2.º del art. 254, una cantidad igual á la que al interés del 6 por 100 reditúe el dinero de que el menor sea dueño.

Cuando el capital consista en títulos cotizables, asegurará la fianza, además de su valor, si el consejo de familia dispusiere que quedasen en poder del tutor, el importe de la renta que los susodichos títulos devenguen.

Bajo la acepción de la palabra «producto» que el Código emplea, cabe holgadamente comprender el fruto; así, v. gr., la cosecha que rinda un olivar, una viña, el grano que se recoja en un campo de cereales, las crías de un rebaño, los aprovechamientos naturales como las lanas, la leche, etc., frutos naturales é industriales son que acrecen el capital é influye en el aumento de la cantidad que el tutor debe asegurar con su fianza.

Ahora bien: determinar el valor de estos frutos estableciendo un tipo medio representativo del capital que el tutor debe afian-

zar en concepto de producto, no es tan claro como á simple vista aparece.

La inseguridad de las cosechas, muchas veces mermadas por años estériles, la abundancia de los años fértiles, todas estas alternativas no pueden afectar distinta y separadamente cada una de por sí á la fianza que el tutor haya de prestar; mas apreciadas en su totalidad y durante un plazo bastante, dan indudablemente la norma para deducir de antemano con mucha aproximación el tipo medio, por la concurrencia de la escasez, la fertilidad y los años medianos. La ley para la exacción del impuesto de trasmisión de bienes y derechos reales, en la precisión de dejar sentado un tipo contributivo, preceptúa en el art. 10 de su Reglamento que para fijar la renta anual de un arrendamiento, si ésta se satisfaciera en granos ú otras especies, se evaluarán éstas por el precio medio oficial del quinquenio anterior á la fecha del contrato.

La regla nos parece muy racional y susceptible de aplicación al caso que nos ocupa. Ténganse en cuenta las cosechas recolectadas y los precios en que se hubiesen vendido durante los últimos cinco años, y derívese de dichos datos el tipo medio.

Este tipo se considerará como la utilidad anual, y el capital que represente será el que el tutor deba asegurar con su fianza.

Igual operación cabría hacer si en lugar de tierras labrantías, olivares ó viñas, se tratare de rebaños, siquiera resulte un tanto violento obligar al tutor á garantizar los frutos del ganado, cuando asegura totalmente su valor. Mas el Código en este particular está esplícito y terminante. Aunque la graduación por el quinquenio último es un arbitrio adecuado para fijar el precio medio de los aprovechamientos naturales, no echando en olvido que la operación ha de arrancar del número de cabezas de ganado que se fije para constituir la fianza por el importe de dichas cabezas á tenor del número 1.º del art. 254, objeto del presente comentario, optamos decididamente por la práctica de un peritaje que marque, con la seguridad y aproximación que comunica la experiencia, el tanto de la leche, lanas y demás aprovechamientos y el número de crías y su valor. Sumadas estas cantidades se obtendrá el importe de los productos y se graduará la fianza proporcionalmente á la cantidad de que deba responder.

Por último, la tercera parte del art. 254 prescribe que la fianza

que el tutor preste ha de asegurar las utilidades que durante un año pueda percibir el menor de cualquier empresa mercantil ó industrial.

El modo utilizable para deducir esos beneficios futuros que el menor *pueda* percibir, se lo ha reservado el Código, sin duda para mejor ocasión, pero es indudable que lo futuro se predice por lo pasado y lo presente; así es que el cálculo para señalar la fianza ha de partir de las utilidades anteriores durante un plazo determinado, v. gr., un quinquenio, para sacar el tipo medio anual. Las empresas industriales y mercantiles se rigen por el Código de Comercio. Ahora bien: este Código obliga á los comerciantes á llevar la contabilidad en la forma y con las solemnidades prescritas por los artículos 33 al 50 del Código Mercantil. Sus libros, con la necesaria notación y sello del Juzgado, presentan ordenadamente y por modo auténtico todos los negocios realizados, y las ganancias ó pérdidas experimentadas. En el libro de inventarios y balances debe formarse, sin reserva ni omisión alguna, bajo la más estrecha responsabilidad del comerciante, el balance general de sus negocios con los pormenores ordenados por la ley y de acuerdo con los asientos del Diario. Bastará, pues, el examen de dicho libro para venir en conocimiento de las utilidades que haya reportado la empresa mercantil ó industrial.

Si el menor tuviese acciones expedidas por una compañía anónima, los dividendos de un año se reputarán como la utilidad que el tutor debe asegurar. Si participare como socio colectivo, la ganancia ó utilidad que obtenga en proporción del capital aportado será la que el tutor garantice. Si la empresa mercantil ó industrial estuviese en pérdida, es evidente que el tutor nada tiene que afianzar, quedando no obstante obligado á constituir fianza ó ampliar la constituída por otros bienes del menor ó incapaz el día en que, cambiadas las circunstancias del negocio, entrase la empresa en el cauce ordinario y rindiese utilidades.

Un último caso vamos á tratar, dando término al actual comentario. Cuando el menor ó incapacitado tenga una mina, una cantera ó un escorial en explotación, ¿cómo se determinarán las utilidades que el tutor haya de asegurar? En nuestro sentir, por los libros que debe llevar. Mas ¿si la explotación revistiese un carácter individual y se careciese de libros? Fijar el término medio anual de la explotación; apreciar pericialmente el coste de la

extracción y el del transporte hasta su venta en el mercado, y deducir dicho coste del precio medio del mineral durante el último quinquenio. La diferencia será la utilidad. Este medio, como cualquier otro que se adopte, siempre resultará deficiente, en consideración á que el producto de la cantera, como el de la mina, no depende del esfuerzo natural, que se agota llegado al límite de su potencia creadora, sino que deriva del esfuerzo individual. Por eso estimamos más prudente tomar como término el tipo medio de la explotación durante el último quinquenio.

Justificaremos nuestra opinión. El mineral ó la piedra, mientras está unido á la veta ó á la cantera, se considera co no un inmueble; desprendida del yacimiento, se convierte en una cosa mueble; de idéntica manera que el racimo mientras pende de la cepa es inmueble y desprendido se torna en mueble La rotura, quebrantando la unión íntima que integra el inmueble, varía la naturaleza jurídica de las cosas que son susceptibles de apropiación. Ahora bien: esta rotura, este desprendimiento de la mina, del escorial, de la cantera, ocasiona un gasto que se prolonga, si cabe decirlo así, hasta el momento en que el comprador entrega el precio del bloque ó del mineral. De este precio, deducido el coste de producción, resulta un líquido. Esta es la utilidad, única que el tutor debe asegurar, toda vez que el coste de producción está representado por el capital de la explotación, bien mueble que si está constituído en depósito en un establecimiento de crédito, no requiere garantía por parte del tutor, y si está en manos de éste hállase asegurado con la fianza, según dispone el número 1.º del art. 254. Exigir al tutor que garantice por el precio bruto del mineral ó del bloque, equivaldría á obligarle á afianzar dos veces por una misma cantidad. Otra razón legal hay, y para complemento de esta materia la vamos á exponer. La utilidad de una empresa mercantil ó industrial ó de una explotación cualquiera, es en rigor el fruto que ella rinde. Pues bien: dice el Código civil, al ocuparse de la mina que exista en el predio usufructuado (art. 477), que podrá el usufructuario explotar las minas denunciadas concedidas en laboreo, existentes en el predio, haciendo suyas la mitad de las *utilidades* que resulten después de rebajar *los gastos*, que satisfará por mitad con el propietario. De aquí se deduce que la utilidad propiamente dicha en

la mina consiste, según el Código, en la cantidad líquida que resta después de rebajar el coste de producción. Si el tutor sólo ha de asegurar las utilidades, evidente es que para hallarlas hay necesidad de restar los gastos.

Aquí hacemos punto, no sin notar que nuestro Código, á pesar de la relativa perfección que alcanza en esta materia del afianzamiento, pudo todavía haberla completado estableciendo las reglas para la fijación de la cantidad que la fianza debe asegurar, á la manera que lo verifica el Código guatemalteco en su artículo 346, cuyo Código es, seguramente, uno de los más perfectos y más merecedores de detenida reflexión.

Derecho vigente.—*Civil.*—1.° El tutor, antes de comenzar el ejercicio de su cargo, garantizará suficientemente el buen resultado de su gestión.

2.° La garantía puede consistir en hipoteca, prenda ó fianza. Sin embargo, no se admitirá esta última sino en el caso de que el tutor se viere en la imposibilidad de constituir alguna de las dos anteriores.

3.° Queda al arbitrio y conveniencia del tutor la constitución de hipoteca ó la prestación de prenda, siempre que el consejo de familia considere aseguradas las resultas de la gestión tutelar con las garantías que se ofrezcan. Asimismo podrá el tutor simultanear una y otra cuando los bienes muebles ó inmuebles de que disponga no alcancen á cubrir la hipoteca ó prenda que respectivamente haya de constituir.

4.° Pueden también asegurar el buen resultado de la administración del tutor las terceras personas extrañas á la obligación principal hipotecando ó pignorando sus propios bienes.

5.° El medio más adecuado para la constitución de la hipoteca por razón de tutela, interin una disposición aclaratoria disipe las nebulosidades en que hoy nos agitamos, es, á nuestro entender, el otorgamiento de una escritura pública, en la que, á más de los requisitos de toda hipoteca voluntaria, se expresen las circunstancias mencionadas en el art. 151 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, á cuyo efecto se formalizará por el consejo de familia un expediente que se denominará de la constitución de fianza, en el que se justificará el importe de los bienes muebles del menor ó incapacitado, la renta ó producto anual de los bienes muebles é inmuebles y las utilidades que

durante un año pudiere percibir si explotase el pupilo alguna empresa industrial ó mercantil.

Presentará el tutor en dicho expediente los títulos de la última adquisición de dominio de los inmuebles que posea, y una certificación del Registro de la propiedad comprensiva de las cargas que los afecten, ó en su caso de hallarse libre de todo gravamen. Por último, en el susodicho expediente se acreditará el valor de los inmuebles ofrecidos, bien por tasación pericial ó por capitalización al tipo que en cada lugar se acostumbre, según los recibos de la contribución territorial. Cuando no surjan dudas respecto al valor de los bienes que se trate de hipotecar, puede adoptarse la graduación del capital por el que aparezca en los títulos de propiedad.

6.° Pueden darse en prenda, en garantía de la gestión de la tutela, todas las cosas muebles que estén en el comercio susceptibles de posesión, así, v. gr., alhajas, dinero, títulos cotizables, etc.

7.° La constitución de la fianza pignoraticia debe hacerse por escritura pública. Así opinamos con la mira de no dar margen á pleitos, siempre ruinosos, y tanto más censurables cuanto que pueden fácilmente evitarse. Otorgándose escritura pública constará de una manera indubitada la certeza de la fecha, y consiguientemente surtirá efecto contra tercero. Es criterio nuestro, no obstante lo enunciado, que la inscripción en el Registro de tutelas, á tenor del art. 290 del Código civil, de la nuevamente constituída, produce los mismos efectos que la escritura pública.

8.° Si la prenda depositada en un establecimiento público para la seguridad de la tutela devenga intereses, los percibirá el tutor á sus respectivos vencimientos.

9.° La fianza subhipotecaria sólo será admisible cuando se constituya con los requisitos y solemnidades que expresa el artículo 153 de la ley Hipotecaria y sus concordantes 107 al 110 del Reglamento para la ejecución de dicha ley.

10. Es la fianza un contrato en virtud del cual una ó más personas se obligan á pagar ó cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste (art. 1.822 del Código civil). Aplicando el precepto al aseguramiento de la tutela, cabe decir que por la denominada fianza personal (art. 253) se obligan una ó más personas

á reparar el daño y perjuicio que ocasione el tutor en la gestión de los bienes del menor, en el caso de que aquél no lo hiciere.

11. El fiador disfruta del beneficio de excusión. Goza, por tanto, del derecho de compeler al tutor á que pague con sus propios bienes; y debe señalar al acreedor bienes del deudor realizables dentro del territorio español en cantidad suficiente para cubrir el importe del daño que haya de ser reparado.

12. El tutor (deudor principal) puede obligarse solidariamente con el fiador. En este caso se observará lo dispuesto en la sección 4.ª, cap. IV, tít. I del libro cuarto, que se ocupa de las obligaciones solidarias.

13. La mujer puede salir fiadora por su marido, cuando á éste, habiendo sido nombrado tutor, le fuese imposible constituir prenda ó hipoteca.

14. Si el tutor que hubiese prestado fianza personal para asegurar el buen resultado de su gestión por serle imposible constituir hipoteca ó prenda, adquiriese, por su industria ó trabajo, ó á título lucrativo, bienes muebles ó inmuebles ó desapareciese la imposibilidad en que se encontraba y recobrase sus bienes, estará en la obligación de constituir hipoteca ó prenda, extinguiendo la fianza personal prestada. Podrán, según nuestro entender, compelerle á que así lo verifique el protutor y cualquiera de los vocales del consejo de familia.

15. La fianza personal se constituirá por escritura pública. No lo preceptúa terminantemente el Código civil, mas como medida de seguridad, la enunciamos.

16. La garantía que presten los fiadores se entenderá sin perjuicio de las medidas que para la conservación de los bienes del menor ó incapacitado está facultado para adoptar el consejo de familia. Estas medidas podrán consistir en el depósito de las alhajas, metálico ó efectos cotizables; limitación de la cantidad de que el tutor haya de disponer; intervención de las ventas y cobros, aun de aquellas en que la ley no exige este requisito, etc.

17. La hipoteca, la prenda ó la fianza deberá asegurar:

Primero. El importe de los bienes muebles (comprendiendo los que el derecho antiguo denominaba semovientes y también el Código civil, siquiera sea por inadvertencia), que entren en poder del tutor.

Segundo. Las rentas ó productos que durante un año rindiesen los bienes del menor ó incapacitado. El producto se graduará por peritos ó por el tipo medio del último quinquenio. Si se tratara de arrendamientos, el precio del arriendo determinará la cantidad que deba asegurarse.

Tercero. Las utilidades que durante un año pueda percibir el menor ó incapaz de cualquiera empresa mercantil ó industrial, calculadas por los libros que deberán llevarse, á tenor de lo prescrito por el Código mercantil.

Si no hubiese libros y consiguientemente no se supiese con exactitud la cantidad líquida á que la utilidad equivale, se apreciará por peritos el coste de producción y se deducirá del valor que hubiere alcanzado el producto durante el último quinquenio.

Disposición final aclaratoria de la hipoteca por razón de tutela.

Reglamento provisional de 25 *de Septiembre de* 1892 *para la ejecución de la reforma de la legislación del impuesto de Derechos reales y transmisión de bienes.*

Artículo 3.° Contribuirán al impuesto sobre Derechos reales y transmisión de bienes:

2.° La constitución, reconocimiento, modificación ó extinción de Derechos reales afectos á los bienes inmuebles.

Art 8° La constitución, reconocimiento, prórroga y modificación del Derecho real de hipoteca satisfará el 0.50 por 100 del valor de la obligación ó capital garantizado con aquélla. La extinción devengará el 0,10 por 100 del mismo valor ó capital garantizado si tiene aquélla lugar dentro de los dos años siguientes á la constitución; 0,25 por 100 si se verifica dentro del plazo de dos á cinco años, y 0,50 por 100 cuando exceda de dicho plazo.

Si la extinción se verifica por adquirir el acreedor hipotecario la propiedad del inmueble hipotecado, no devengará derecho alguno, sin perjuicio del pago que corresponda á la adquisición de dicho inmueble, y si tuviere lugar por resultar ineficaz la garantía prestada, á consecuencia de haberse tenido que aplicar el va-

lor total del mismo á cancelar anteriores créditos hipotecarios, no devengará impuesto por la parte que hubiere resultado ineficaz.

La reducción de la hipoteca y la sustitución de unas fincas por otras tributarán como modificación del derecho de hipoteca, exigiéndose el impuesto á aquél á quien beneficia ó solicite la reducción ó sustitución, siempre que estos contratos no sean consecuencia de una cancelación parcial que esté sujeta al impuesto.

La cancelación ó extinción de la hipoteca que se otorgue para garantir la recaudación de los fondos ó valores de la Hacienda ú otros servicios de la Administración pública, aun cuando se realicen por Compañías ó personas subrogadas en los derechos del Estado, se liquidarán en la forma prescrita en el art. 28, párrafo primero, é igualmente se liquidarán la constitución y la extinción de los que garanticen precio aplazado, á tenor del párrafo décimoséptimo del mismo artículo.

La transmisión del derecho de hipoteca pagará, como la de cualquier otro derecho real, por el tipo correspondiente al título en virtud del cual se verifique.

Las hipotecas constituídas en época en que dicho derecho real no estuviese sujeto al impuesto, no le devengarán tampoco á su extinción, á menos que se hubieren prorrogado tácita ó expresamente después de la publicación de este Reglamento.

Art. 33. Satisfará en todo caso el impuesto el que adquiera ó recobre el derecho gravado, y aquel á cuyo favor se reconozcan, transmitan, declaren ó adjudiquen bienes ó derechos, cualesquiera que sean las condiciones ó estipulaciones de las partes contratantes respecto al particular y sin perjuicio de los casos que por excepción determine expresamente este Reglamento.

En los arrendamientos satisfará el impuesto el arrendatario ó colono, y en la extinción de pensiones el que venía obligado á satisfacerlas.

En las pensiones constituídas por testamento, si el capital de éstas se rebajó del caudal hereditario, el heredero ó legatario satisfará al extinguirse la pensión el impuesto que le corresponda, con arreglo al grado de parentesco, por el mismo capital, pero no devengará por el concepto de extinción.

ART. 255. Contra los acuerdos del consejo de familia señalando la cuantía, ó haciendo la calificación de la fianza, podrá el tutor recurrir á los Tribunales; pero no entrará en posesión de su cargo sin haber prestado la que se le exija.

Concordancias.—Igual al art. 221 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Corresponde exclusivamente á la competencia del consejo de familia la facultad de designar la cantidad de la fianza y asimismo la de pronunciar su acuerdo calificándola de bastante ó insuficiente. No queda la fijación de la cuantía á merced de su voluntad de tal suerte que pueda designar arbitrariamente una cantidad cualquiera en atención á la reconocida solvencia del tutor; el Código sobre este extremo ha dicho lo suficiente en el art. 254, y en su consecuencia, el tribunal familiar habrá de atemperarse á las reglas enunciadas, procurando que en todo caso la fianza prestada exceda de las cantidades que asegure, mas nunca que sea inferior, porque la ley no autoriza á afianzar en parte sino en el todo.

Pero el consejo, al resolver tanto acerca de la cantidad por la que el tutor debe afianzar, como al dictaminar respecto de la suficiencia de la misma, puede incurrir en error por uno de estos dos motivos, á saber: por exceso y por defecto. Cuando el consejo, dejándose llevar de sus impresiones favorables hacia el tutor, no designe aquella cantidad que salvaguarde los bienes del pupilo sin temor á ningún peligro, sino otra más baja, seguramente que el tutor no reclamará; mas cuando se exceda ó crea el tutor que tal haya sucedido se alzará ante la superioridad, ejercitando el recurso que le otorga el art. 255 que comentamos del Código civil. No ha expresado éste más que el precepto seco, escueto é inflexible de que el tutor puede recurrir á los tribunales, pero no ha dicho qué tribunales son estos que pueden destruir un acuerdo tomado por el consejo de familia, sustituyéndole con otro emanado de su

jurisdicción, á la que se halla subordinada la que radica en el consejo familiar.

Por analogía con lo ya resuelto en el comentario del art. 240, análogo al presente en cuanto respecta al procedimiento, y de conformidad con lo preceptuado en el art. 310, deducimos que esos tribunales de que habla el Código, y cuya investigación nos ocupa, no son más que los Juzgados de primera instancia, ante los cuales pueden alzarse de las decisiones del consejo de familia tanto el protutor como el tutor y los vocales de dicho consejo. A seguida surge una duda, porque el Código, en cuanto á engendrar reparos y dificultades es tan fecundo, que si fuéramos á prever y resolverlas todas, convertiríase nuestra espinosa labor en la tarea inacabable de las Danaides.

Tratándose de un recurso que afecta principalmente al menor, por cuanto sus bienes no quedan suficientemente asegurados, era lo lógico que la ley fijara un término para recurrir, así como lo fijó sin desdoro de su naturaleza sustantiva en el art. 249 para la impugnación de las resoluciones del consejo en las que se desestimen las excusas de la tutela y protutela. Y si al cabo conociéramos el procedimiento que debe seguirse en la alzada, recurriríamos á la ley de Enjuiciamiento civil y buscaríamos el término para las apelaciones. Después de todo, no queda otro arbitrio, porque el acuerdo del consejo de familia ha de ser firme pasados algunos días, á riesgo de que el Código con su silencio haya querido significar que el tutor puede recurrir contra el acuerdo en cualquier tiempo, interpretación que desechamos. ¿Qué procedimiento debe seguirse en la alzada? Hay que adoptar uno de dos caminos: ó conceptuar el recurso como una apelación interpuesta ante el Juzgado de primera instancia, equiparando la resolución del consejo á la de un Tribunal municipal, y atemperarse á los artículos 732 al 737 de la indicada ley de Enjuiciamiento, ó reputar el desacuerdo entre el tutor y el consejo de familia como un incidente de tutela que debe ventilarse por los trámites incidentales (artículos 741 y siguientes), siquiera por analogía á lo que la ley procesal ordenaba en el art. 1.873, cuando estaba vigente el tít. III del libro tercero.

Si detenidamente se examina, el acuerdo del consejo tiene un carácter gubernativo, porque aun cuando se dicta con conocimiento de causa, cuyo conocimiento será más perfecto si los

consejos adoptan la práctica que en el comentario anterior hemos recomendado y formalizan el expediente de constitución de fianza, es lo cierto que el tutor se encuentra de improviso con una resolución que le ordena constituir fianza por determinada cantidad. Ante el consejo ya no puede alegar ni practicar prueba para demostrar el exceso de la fianza ó la calificación desacertada de la misma. Si al tutor han de dársele medios para que patentice ante los ojos del Juzgado el error del consejo, ya en la cantidad, ya en la calificación, hay que concederle los medios para ello, es á saber, la alegación y la prueba de lo alegado. Por eso, teniendo que optar entre los dos procedimientos expresados, nos decidimos por el de los incidentes, puesto que, según decíamos en el comentario del art. 240 (véase tomo IV), la cuestión debe someterse íntegra al Juzgado, ante cuyo Tribunal podrá el tutor realizar cumplida prueba de las alegaciones producidas.

Si el consejo de familia, al señalar la cuantía, incurriere en error por defecto, fijando una cantidad más baja de la que en rigor debiera el tutor afianzar, ¿podrá el protutor, en su calidad de fiscal del consejo, y cualquiera de los vocales del mismo que disintiere del acuerdo de sus compañeros, alzarse ante el Juzgado? Seguramente.

El art. 310 del Código civil encierra un precepto generalísimo, excepcionado sólo por el art. 242.

Añade, para terminar el artículo que comentamos, que el tutor no entrará en posesión de su cargo sin haber prestado la fianza que se le exija. De aquí parece deducirse que una vez prestada la fianza, podrá el tutor comenzar el ejercicio de la tutela, y ciertamente no es así, porque la diligencia que *da posesión* al tutor, permítasenos la frase, es la inscripción en el Registro de tutelas, á tenor del art. 205 El precepto de que nos ocupamos, consignado en la ley 9.ª del tít. XVI de la 6.ª Partida, «Pero dezimos que *antes que usen de los bienes* de los moços, deuen dar poderes valiosos al Juez del lugar,» etc., estaba también virtualmente contenido en los artículos 1.867 y 1.868 de la ley de Enjuiciamiento civil, y el inciso que nos ocupa holgaría si el artículo 252 hubiera estado redactado en esta forma: «El tutor, antes de entrar en posesión de su cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión.»

ART. 256. Mientras se constituye la fianza, el protutor ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos.

Concordancias.—Igual al art. 222 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—No podrán quejarse los menores é incapacitados de incuria por parte del legislador Éste ha puesto á contribución todos los medios de que podía disponer para que ni por un momento quedaran abandonados. Ya es el art. 203, que impone á los Jueces municipales la obligación de proveer al cuidado de las personas sujetas á tutela y al de sus bienes muebles hasta el *nombramiento de tutor*, ya el art 243 disponiendo que el consejo de familia desempeñe la tutela mientras se resuelva la capacidad del tutor, puesta en tela de juicio, ya es, finalmente, el artículo de que nos vamos á ocupar, en cuya virtud el protutor ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos.

Mas con tanto fervor y diligencia, si fuéramos á interpretar en un sentido rigorosamente literal los artículos de que hemos hecho mérito, nos encontraríamos con un vacío censurable.

En efecto, en la gradación que adopta el Código, á medida que el organismo de la tutela se va formando, el primer apoyo legal es el citado art. 203, cuyo contenido se reduce, como hemos manifestado, á que los Jueces municipales provean al cuidado del menor ó incapaz hasta el *nombramiento de tutor*. Presumamos por un instante que se trata de un tutor designado por el cónyuge supérstite en su testamento. No se negará que el nombramiento se ha efectuado: luego á tenor del art. 205, el menor quedará sin apoyo y sin defensa si no tiene pariente obligado por la ley á cuidar de su persona. ¿Es dable interpretar así este artículo? En nuestro sentir no, y nos fundamos en que no es aplicable ni

el art. 243, que exclusivamente se contrae á suplir la incapacidad del tutor, ni tampoco el 256, relativo al caso en que el tutor tenga que constituir fianza, ínterin no la constituya.

Queda el art. 203, y si éste lo aplicamos según el sonido de sus palabras, resultará en definitiva que cuando se trate de tutores designados por testamento y con relevación de fianza, el menor ó incapaz quedará desamparado. He aquí por qué, al comentar el artículo referido (véase tomo IV) lo interpretamos ampliamente y llegamos á enunciar una idea que acaso no encaje en la ley rigorosamente, pero que desde luego rinde garantías al menor. Dijimos que era opinión nuestra la de que el Juez municipal debiera proveer al cuidado de las personas sujetas á tutela y al de sus bienes muebles, no hasta el preciso momento del *nombramiento* del tutor, porque de ser así, la previsión del legislador se convertiría en inoficiosa, sino hasta que la tutela se inscribiese en el registro, puesto que el tutor, ínterin llega dicho momento, sólo posee un título de honor sin efectividad alguna. En esta idea nos ratificamos so pena de declarar con amargura que el Código civil en su art. 203, consagrado, como todos los que integran el capítulo I del título que estudiamos, á dejar sentadas las bases de la tutela, ha consignado una inutilidad y ha creado una dualidad de atribuciones que pugnan y se contraponen de verse juntas. Seguramente no nos dejará mentir el art. 301 del Código civil, que al conceder al consejo de familia desde el instante de su constitución, facultad para dictar todas las medidas necesarias al cuidado de la persona y bienes del menor ó incapacitado y *constituir la tutela*, coloca enfrente del consejo de familia al Juez municipal, asimismo obligado al cuidado de la persona y bienes muebles del menor, á tenor del art. 203, hasta que se verifique el *nombramiento del tutor*. El conflicto de atribuciones está latente y su evidencia es incontrastable. De un lado, el Juez municipal compelido por la ley bajo pena de los daños que sobrevengan al menor por su descuido ó negligencia; de otro, el consejo de familia con atribuciones innegables según es visto por el art. 301. ¿Quién concordará tan opuestos pareceres? ¿Cuál será el criterio que prevalezca? ¿Vencerá el Juez ó vencerá el consejo?

Un voto hay ya por este último, y á fe que es de importancia. El Fiscal del Tribunal Supremo, en la circular de 8 de Mayo de 1889, expresa en uno de sus párrafos:

«La intervención judicial y la del Ministerio fiscal cesa desde que el consejo queda constituído, salvo el caso singular en que, según el art 302, debe presidirlo el Fiscal municipal » Dispónsenos el más elevado de los representantes del Ministerio público, pero nuestro voto es contrario mientras exista escrito el artículo 203, según el cual, los Jueces municipales, aun después de estar constituído el consejo de familia, tienen el ineludible deber de proveer al cuidado de la persona y de los bienes muebles del menor ó incapacitado. Tratando de conciliar esta discordancia, vamos á enunciar una idea, hija de nuestro buen deseo. Los Códigos, en tanto la jurisprudencia no los aclara, son un verdadero semillero de cuestiones y dificultades, máxime cuando dentro de un mismo título se establecen principios opuestos Contra todo viento y marea venimos luchando con la mira de sentar las bases de una racional interpretación. Inspirados en este propósito, creemos que la única manera de concordar las atribuciones del consejo y las del Juez municipal es confiar á éste la inspección y dirección de las medidas que aquél acuerde, con facultad de compelerle á que adopte aquellas que estime más beneficiosas. Si este arbitrio no armoniza las discordancias de la ley, culpa es del Código civil y de sus redactores, porque si no hubiera contradicciones no habría necesidad de buscar términos de concordia.

Todavía, á pesar de que el Juez inspeccione y el consejo atienda al cuidado de la persona y de los bienes, dispone el artículo 256 que cuando fuese necesario ejercitar actos administrativos, el protutor verifique aquellos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos, mas esta obligación del protutor, según se deriva del contexto del artículo que estudiamos, no abarca todo el período de interinidad hasta que el tutor tome posesión de su cargo, sino solamente mientras no constituya la fianza cuando esté obligado á prestarla.

Esta restringida interpretación no tiene en su abono otro apoyo que el sonido literal del artículo; pero fundamento jurídico racional, ninguno, porque tan indispensable es la práctica de actos administrativos por medio del protutor, mientras la fianza se constituya, como cuando se ventile y discuta la capacidad del tutor, como en cualquier caso en que éste no pueda to-

mar posesión de su destino, salvo si se excusase y rehuyese cumplir la tutoría.

Basándonos en estos motivos, sostenemos que no hay razón en que apoyar el precepto restrictivo del art. 256.

Es cosa que provoca á risa esta sutileza del Código civil, expresando para cada caso un remedio, siendo así que con haber dado una regla general, salvávase el compromiso con beneficio de la claridad. ¿Por qué no decir, v. gr., hasta que el tutor no tome posesión de su cargo, el consejo de familia, bajo la inspección del Juez municipal, adoptará las medidas que estime más beneficiosas para el menor ó incapaz, ejercitando el protutor los actos administrativos indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos? ¿Por qué no consignar una regla explícita, terminante, en vez de presentar un enigma para cada situación? ¿Por qué razón, si por causa de incapacidad el tutor no entrase en el ejercicio de su cargo, ha de ser el consejo de familia exclusivamente el que provea á los cuidados de la tutela, mientras definitivamente se resuelva sobre el impedimento, y cuando se trate del caso en que el tutor no entre tampoco en el ejercicio de su cargo por la no constitución de fianza, ha de ser el consejo y el protutor? ¿A qué estas desigualdades, origen de disputas entre los intérpretes y de complicaciones en el desempeño de la tutela?

Indudablemente la norma que trazamos en esa especie de proyecto de artículo, es más lógica que las dos diversas contenidas en los artículos 243 y 256. Nosotros arrancamos de un supuesto fundadísimo, cual es el de que mientras el tutor no comience el ejercicio de su función, con la garantía material de la fianza ó la moral de la relevación, el Juez municipal debe inspeccionar la gestión interina del consejo de familia, que después de todo, ni se trata de un consejo de impecables, ni prestan garantía de ninguna clase. Además, comprendemos todas las situaciones en una sola, bien provenga de la dudosa capacidad del tutor ó de la interinidad que se crea, mientras no se constituye la fianza. El Código civil, siguiendo los derroteros del casuismo, se ha entrado por las aguas de un mar proceloso de dudas y cuestiones. Nuestra labor de comentaristas nos ordena señalar el defecto. Ya comprendemos el espíritu del Código; mas no todo es espíritu, también hay cuerpo, y los pleitos se fallan según la

letra, hasta que la jurisprudencia del más alto Tribunal de la Nación impone su pensamiento correcto ó equivocado, pero al fin dogmático.

ART. 257. La fianza hipotecaria será inscrita en el Registro de la Propiedad. La pignoraticia se constituirá depositando los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados á este fin.

Concordancias.—Igual al art. 223 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Art.* 1.867 *de la ley de Enjuiciamiento civil.*—La aprobación de la fianza se hará previa audiencia del Promotor fiscal.

En el auto de aprobación se dispondrá según los casos:

1.° La inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes raíces en que consista la fianza, cumpliendo lo dispuesto en la ley Hipotecaria y en su Reglamento.

2.° El depósito de los valores ó efectos en que consista la fianza.

3.° La práctica de cualquiera otra diligencia que el Juez considere conveniente para la eficacia de la fianza y conservación de los bienes del menor ó incapacitado.

ART. 258. Deberán pedir la inscripción ó el depósito:

1.° El tutor.

2.° El protutor.

3.° Cualquiera de los vocales del consejo de familia.

Los que omitieren esta diligencia, serán responsables de los daños y perjuicios.

Concordancias.—Igual al art. 224 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 257 Y 258.—Inmediata consecuencia de la constitución de una hipoteca en garantía de la tutela, es su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Precisamente, si la fianza hipotecaria asegura de un modo completo el caudal del menor ó incapaz, es porque, inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad, confiere una acción real que persigue la cosa allí donde se encuentre, incumplida que sea la obligación principal. No hay más que parar la atención en los efectos que la inscripción produce y que taxativamente marca el título II de la ley Hipotecaria. Los títulos mencionados en los artículos 2.° y 5.° que no estén inscritos en el Registro, dice el art. 23 de la repetida ley, no podrán perjudicar á tercero. Art. 24. Los títulos inscritos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común. Art. 25. Los títulos inscritos no surtirán su efecto contra tercero sino desde la fecha de la inscripción.

Ordena el art. 257 del Código civil que la fianza hipotecaria se inscriba. Cuando la ley propone un fin, es menester que dé los medios para conseguirle. De este vicio adolece el artículo que nos ocupa. Requiere indispensablemente la inscripción, mas echa en olvido que ésta no puede verificarse de un modo llano y explícito con los medios de que actualmente dispone el consejo de familia. Resucita aquí la batallona cuestión tratada con suficiente latitud en el comentario relativo á los artículos 252 al 254. Allí quedó expuesta la manera que, en nuestro sentir, remediaría la vacuidad del Código civil en esta materia. Esperemos á que las leyes adjetivas vayan sufriendo la aclimatación indispensable para amoldarse al novísimo derecho, y entre tanto, tengamos la satisfacción de haber llevado nuestro granito de arena al acervo común de la crítica legal para que el legislador, si bien le place, abata su remontado vuelo y venga á este terreno práctico de las dificultades á palparlas y resolverlas. Es muy fácil decir *hágase*, dejando el *cómo debe hacerse* ennegrecido por las sombras de la incertidumbre.

Añade el art. 257 que la fianza pignoraticia se constituirá depositando los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados al efecto. Es requisito indispensable, según se desprende del artículo, que el depósito se verifique en un establecimiento público.

Público, según el sentido usual en que esta voz se emplea,

es cualquier establecimiento bancario, cualquiera casa comercial.

¿Quiere significar esto el Código? ¿Podrán depositarse, v. gr., los títulos entregados como prenda en seguridad de la tutela, en un Banco de reconocida solvencia? Según nuestra opinión, no. El Código ha querido decir «establecimiento oficial, ó que por lo menos, mantenga conexión con las esferas oficiales, ejerciendo éstas la inspección.» Así, pues, la Caja general de Depósitos, el Banco de España, sus sucursales en provincias.

Una clase de prenda hay que no se admite en depósito en los establecimientos oficiales; á saber: los mobiliarios.

Pudiera un tutor entregar como prenda el menaje y decorado de una casa, una galería de cuadros, una colección de armaduras, etc., cualquiera cosa mueble susceptible de posesión, y que por su volumen y delicada conservación requiriese espacio adecuado y atenciones solícitas.

¿Dónde se depositaran estos efectos? Porque desde luego hay que partir del supuesto de que ni el Banco ni sus sucursales, ni la Caja general de Depósitos admitirán dichos objetos, ni hay tampoco que hacerse la ilusión de que el Gobierno vaya á crear establecimientos especiales al solo fin de depositar los muebles que se entreguen como garantía de la tutela. ¿A qué arbitrio recurrir? ¿Constituir depositario al mismo tutor? Esto, aparte de ser peligroso, infringiría abiertamente el art. 257. Parécenos lo más equitativo designar un depositario ó alquilar un local exprofeso y trasladar allí los muebles, inspeccionando su guarda el protutor y los vocales del consejo de familia.

La ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.867) disponía, de la propia suerte que el 257 del Código, la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes raíces en que consistiera la fianza, y el depósito de los valores ó efectos entregados en prenda, mas no requería como condición necesaria que este depósito fuese en un establecimiento público.

Seguramente los autores del Código civil, al redactar el susodicho art. 257, pensaron en los efectos públicos y en los valores metálicos, susceptibles de facilísima transmisión y propensos á ser materia de fraude, y en mérito de esta circunstancia, ordenaron su depósito en un establecimiento oficial, mas no pararon mientes en que también es susceptible de ser dado en prenda un

rico mobiliario, una buena galería pictórica, etc. De aquí que no preveyeran la imposibilidad actual de depositar estos efectos en un establecimiento oficial. Remédiase la omisión del modo indicado. Nombrando un depositario cuidadoso y ajeno totalmente al tutor, de suerte que no le liguen vínculos de parentesco ni de amistad ni de subordinación, éste será el más diligente conservador de sus bienes y el más celoso vigía del depositario.

El art. 258 prescribe quiénes están en la obligación de pedir la inscripción de la hipoteca ó el depósito de la prenda bajo responsabilidad de los daños y perjuicios que por su dolo ó negligencia experimentare el tutor.

Echa el peso de este deber en primer término sobre el tutor, en segundo lugar sobre el protutor, y finalmente, sobre cualquiera de los vocales del consejo de familia.

Muchos son á pedir y á responder. Bastaría con obligar al tutor á solicitar la inscripción dentro de un término perentorio, y extender al protutor, y aun si se quiere á los vocales del consejo de familia, idéntico deber sólo después de pasado dicho término. Después de todo, esta solicitud de que habla el Código se reduce á llevar la escritura de constitución de hipoteca al Registro de la Propiedad correspondiente para su inscripción. Lo natural es que el tutor pida la inscripción, pero como pudiera ocurrir que por dolo ó negligencia no lo hiciese, deberán formular petición idéntica el protutor y los vocales del consejo. Aquí se nota otra vez la falta de un término breve, dentro del cual el tutor inexcusablemente debiera presentar la escritura á la inscripción.

Porque ¿cuándo deberá el protutor ó los vocales del consejo intervenir para no caer en responsabilidad? ¿Inmediatamente? Entonces sobrevendrá un pugilato de interesados en llevar la escritura al Registro, que sólo se solucionará yendo todos á solicitar la inscripción. ¿Guardándose cierta espera el protutor al tutor y los vocales del consejo al protutor? ¿Y cuál sería esta espera? En suma, que cuando en lugar de una apacible concordia y buena amistad entre los diversos individuos que desempeñen los varios cargos de una tutoría, reine la desavenencia y el recelo, se enseñoreará la anarquía, y ninguno de ellos sabrá á ciencia cierta qué rumbo tomar para llegar á puerto de salvación.

La ley Hipotecaria, en su art. 6.°, dispone que la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad podrá pedirse indistinta-

mente por el que transmita el derecho, por el que lo adquiera, por quien tenga la representación legítima de cualquiera de ellos y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.

El tutor es el que transmite el derecho, el menor el que lo adquiere, mas su representación legítima, mientras que la fianza no se constituya, es la del protutor, á tenor del art 256 del Código civil, puesto que es el habilitado para ejercer los actos administrativos que requiera la conservación de los bienes.

Así, pues, el precepto citado de la legislación hipotecaria corrobora el art. 258 del Código civil, pero pone más de relieve la falta que hemos hecho presente.

Ocurre á seguida preguntar: si la escritura de constitución de hipoteca adoleciese de un vicio subsanable ó insubsanable, que esto no hace al caso, y el Registrador se negase á inscribirla, ¿quién tendrá competencia para entablar el oportuno recurso gubernativo? Desde luego cabe asegurar que el tutor. Está directamente *interesado*, y, según el art. 6.° de la ley Hipotecaria, puede pedir la inscripción por cuanto transmite el derecho. Es sabido que sólo tienen capacidad para entablar recursos contra las negativas de un Registrador los *interesados*, entendiéndose por tales las personas designadas en el art. 6.° de la ley y sus representantes legítimos, mas no los simples mandatarios verbales. (Ley, Reglamento y Resolución de la Dirección general de los Registros de 6 de Diciembre de 1875.)

También es llano que el protutor goza de la facultad de entablar el expresado recurso. Mientras la fianza se constituye, ya hemos dicho que la representación legítima del menor la ostenta el protutor para los efectos de ejecutar actos administrativos.

Débesele también reputar como representante legítimo para pedir la inscripción, á tenor del art. 11 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria. La duda se presenta al llegar al caso en que sea un vocal del consejo el que haya pedido la inscripción. Con efecto, el vocal no representa al menor ni tiene capacidad para desempeñar, siquiera sea interinamente, los actos de administración propios de la tutela.

Esto no obstante, nuestra opinión le es favorable, y conceptuamos que puede entablar también el recurso gubernativo á que aludimos: 1.°, porque débesele estimar por persona que tiene interés en asegurar el derecho que se deba inscribir, y

como tal interesado, según dice el art. 6.° de la ley Hipotecaria, y 2.°, porque desde el instante que el art. 258 del Código civil le confiere el derecho, mejor dicho, le impone el deber de pedir la inscripción, otórgale los recursos que la ley concede para obtenerla.

Otra duda nos sugiere la naturaleza del trámite que examinamos. ¿Necesitará el tutor, el protutor ó el vocal del consejo que intente la interposición del recurso gubernativo contra la negativa del Registrador, de la autorización del consejo de familia? El recurso gubernativo establecido por el art. 66 de la ley Hipotecaria procede contra la calificación del título hecha por el Registrador, y en todos los casos en que éste suspenda ó deniegue la inscripción ó anotación, cualquiera que sea la causa (art. 57 del Reglamento). Los interesados acudirán al Presidente del Tribunal del partido (hoy Juzgado de primera instancia), quien decidirá, oído el Registrador; contra esta resolución podrá recurrirse al Presidente de la Audiencia, y en último término á la Dirección general del ramo. Para entablar este recurso no hay plazo limitado, y puede formularse, no sólo durante los treinta días siguientes al asiento de presentación, sino después de transcurridos. (Resolución de 12 de Noviembre de 1874, *Gaceta* del 22.) Conviene también hacer constar como antecedente para el mayor acierto de la cuestión propuesta, que, según el art. 3.° del Real decreto de 25 de Octubre de 1875 (*Gaceta* del 28), los recursos gubernativos promovidos contra la calificación del título hecha por los Registradores ó contra la negativa de éstos á inscribir ó anotar cualquier documento, devengan los derechos señalados en los aranceles judiciales vigentes, reduciéndose éstos en justa proporción de la cuantía de la finca ó derecho á que se refiera el documento objeto del recurso.

Conocidos estos datos, á primera impresión se comprende que el recurso gubernativo tiene todo el aspecto de una cuestión litigiosa de trámite largo y de coste no exorbitante, aunque sí lo suficiente para compulsar antes de afrontarlo el dispendio que pudiese ocasionar con el beneficio que se obtendría de un feliz resultado. Esta deliberación es propia del consejo de familia como cuerpo compuesto de pluralidad de individuos, y así como, según previene el art. 269 en su núm. 13, para entablar demanda en nombre de los sujetos á tutela y para sostener los recursos de

apelación y casación contra las sentencias en que hubieren sido condenados, se necesita autorización del consejo de familia, así para la interposición del recurso gubernativo, estimamos que por afinidad no estaría de más la expresada licencia, no tan sólo porque como cuerpo colectivo delibera y resuelve con mayor frialdad, deteniéndose ante las contingencias de lo futuro, sino porque la tramitación envuelve el transcurso de un lapso de tiempo prolongado, y la interinidad de la tutela perjudica á los intereses del menor ó incapacitado. También concurre la razón del dispendio metálico, cuando el tutor, el protutor ó alguno de los vocales del consejo pretendieren hacer uso del repetido recurso establecido por el art 66 de la ley Hipotecaria. En suma, no nos atrevemos á sentar de un modo indiscutible que sea necesario el consentimiento del consejo de familia, pero sin duda sería muy provechoso, y echamos el peso de nuestra opinión hacia el lado donde radica la afirmativa.

ART. 259. La fianza podrá aumentarse ó disminuirse durante el ejercicio de la tutela según las vicisitudes que experimenten el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquélla esté constituída.

No se podrá cancelar totalmente la fianza hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión.

Concordancias.—Igual al art. 225 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Dispone este artículo, en términos generales, una regla sencillísima, tan fácil de comprender y justificar que, rigorosamente hablando, todo comentario despega. Requiere la explicación de la glosa aquel precepto de comprensión difícil ó redacción oscura y propensa á diversas interpretaciones; mas la ley concisa y clara, dicha de la única manera que el derecho puede expresarse, repele el aditamento de la demostración, de la misma manera que la desdeña el axioma matemático.

El art 259 del Código civil, en su primer párrafo, es un apotegma jurídico. La fianza, dice, podrá aumentarse ó disminuirse durante el ejercicio de la tutela á medida de las alzas ó bajas que experimente el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquélla esté constituída.

Principio igual contenía la ley de Enjuiciamiento civil en su artículo 1.869 para el caso de que la fianza llegase á ser insuficiente; y el art. 215 de la ley Hipotecaria dispone que si la hipoteca constituída por el tutor ó curador llegase á ser insuficiente, el Juez ó el Tribunal exigirá, á su prudente arbitrio, una ampliación de fianza, ó adoptará las providencias oportunas para asegurar los intereses del menor ó incapacitado. Aún añade más la ley Hipotecaria en su art. 216. Consigna que la ampliación de fianza, de que el art. 215 se ocupa, podrá pedirse por *cualquiera persona* ó decretarse de oficio en cualquier tiempo que el Juez lo estime conveniente.

Obsérvese cómo nuestras leyes anteriores á la promulgación del Código civil sostenían la misma doctrina, si cabe con mayor amplitud, y cómo la labor de este cuerpo legal se ha reducido á recoger y pulir el precepto, encerrándolo en el encasillado metódico de artículos que componen los Códigos modernos Que los valores públicos propiedad del menor sufran una fuerte depreciación; que sus heredades se agosten; que por la fuerza del aluvión ó de la corriente de un río se desprenda una parte considerable de tierra; que la viña en producto sea atacada por una epidemia y mueran las cepas; bajas son todas ellas del caudal del pupilo que deben repercutir en la fianza del tutor A la inversa: que los fondos públicos experimentan un alza notable; que la heredad se aumenta por la fuerza de la naturaleza; que el menor ó incapaz acrece su fortuna por título de donación, herencia ó legado. De igual modo este aumento debe también tener su eco en la fianza del tutor, que deberá aumentar proporcionalmente. Estas mismas alternativas puede sufrir la garantía que el tutor haya dado; que el caudal y la fianza se condicionan recíprocamente. El inmueble, constituído en hipoteca, se desmejora ó gana; la cosa dada en prenda perece ó adquiere mayor valor; siempre á merced de estas circunstancias fluctuará la hipoteca, la prenda ó la fianza personal.

Explanado ya el párrafo primero del artículo en su generali-

dad, vengamos al segundo, relativo á la cancelación total de la fianza. Dispone, con excelente acuerdo, que no se podrá cancelar totalmente hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión.

Materia, no diremos que complicada, mas si enojosa, es la que se extiende ante nuestra vista, y en la que vamos á penetrar, descendiendo al terreno de la realidad, donde la particularización se impone; y para proceder con cierto enlace en las cuestiones, en cuanto sea compatible con la inflexibilidad del método exegético, eslabonemos ambos párrafos, primero y segundo, del art. 259 del Código civil.

Nos hallamos, pues, enfrente de la espinosa doctrina de la cancelación, ora ésta sea parcial, ora total.

En Derecho, el acto de Alejandro, al cortar el nudo del carro de Gordio, Rey de los frigios, no aprovecha. Hay necesidad de extinguir los hechos jurídicos con sujeción á ciertas normas. Por esto es una verdad muy popularizada en nuestra carrera, la de que las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen.

Al comentar el art. 253 del Código, dividimos en cuatro epígrafes la materia propia de la constitución de fianza, ora fuese ésta hipotecaria, pignoraticia, subhipotecaria ó personal. Ocupándonos ahora de su cancelación, el método impone rigorosamente el mismo orden. Todavía dentro del primer término de la división cabe hacer una subdivisión, según la cancelación que se efectúe sea total ó parcial.

1.º *Cancelación total de la hipoteca constituída en garantía de la tutela.*—El art. 78 de la ley Hipotecaria establece que la cancelación de las inscripciones y anotaciones preventivas podrá ser total ó parcial. El art. 79 prescribe que podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la cancelación total: 1.º, cuando se extinga por completo el inmueble objeto de la inscripción; 2.º, cuando se extinga por completo el derecho inscrito; 3.º, cuando se declare la nulidad del título, en cuya virtud se hubiere hecho la inscripción; 4.º, cuando se declare la nulidad de la inscripción por falta de algunos de sus requisitos esenciales.

El número segundo del transcrito artículo es la materia sobre la cual ha de recaer la elaboración de nuestro pensamiento.

Se considerará extinguido el derecho real inscrito para los efectos del número segundo del art. 79, dice el 67 del Regla-

mento: 1.°, cuando el derecho real inscrito sobre un inmueble deje completamente de existir, bien por renuncia del que lo tenga á su favor, ó bien por mutuo convenio entre los interesados...; 2.°, cuando deje también de existir completamente el derecho real inscrito, bien por disposición de la ley, como sucede en la *hipoteca legal*, luego que cesa el motivo de ella, ó bien por efecto natural del contrato que diera causa á la inscripción, como se verifica en la hipoteca cuando el deudor paga su deuda, en el censo cuando lo redime el censatario, en el arrendamiento cuando se cumple su término y en los demás casos análogos.

Supongamos que el pupilo llega á la mayoría de edad, que el demente recupera su razón, en una palabra, que la tutela concluye y por ministerio de la ley sobreviene la cancelación de la fianza.

Prescindiendo ahora del punto concreto de que no existan ó se hayan solventado las responsabilidades del tutor, porque esta es materia que más adelante será desarrollada, afrontemos la cuestión.

Hicimos notar, en su oportuno lugar, las dificultades con que actualmente tropezaría la inscripción de una hipoteca legal por efecto de no tener la consideración de documento público el acta suscrita por el vocal presidente del consejo de familia. Paramos nuestra atención en las disposiciones de la ley Hipotecaria, y muy especialmente su Reglamento (artículos 145 al 153), y puesta la mira en una armónica combinación del Código civil y de la repetida ley Hipotecaria, hubimos de presentar un medio que, en nuestro sentir, concilia las antinomias y disipa las dificultades.

Tropezamos de nuevo con el mismo inconveniente, siquiera haya mucho adelantado, puesto que los cimientos de donde hemos de partir los tenemos ya echados.

Dice el art. 73 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, que los Registradores no cancelarán ninguna inscripción procedente de hipoteca legal, hecha por mandato de Juez ó de Tribunal, sino en virtud de otro mandamiento, añadiendo el expresado artículo que los Jueces ó Tribunales no decretarán dichas cancelaciones sino después de acreditarse ante ellos la extinción de la responsabilidad asegurada con la hipoteca, ó el cumplimiento de las formalidades que con arreglo á la ley serán

necesarias, según los casos, para enajenar, gravar ó liberar los inmuebles hipotecados.

Empero la ley Hipotecaria, ajustándose á una medida prudente y previsora, fijó su atencion en que no todas las hipotecas legales se constituyen por mandato judicial, sino que la mayor parte provienen del libre y espontáneo impulso voluntario, y esta reflexión le sugirió el inciso final del artículo, que dice así:

«Cuando la hipoteca legal se haya inscrito sin mandato judicial, el Registrador no la cancelará ni hará otra inscripción sin que del instrumento público que para ello se le presente resulten cumplidas las formalidades á que alude el párrafo anterior.»

Ya nuestros lectores ven surgir la dificultad La cancelación de la hipoteca legal requiere un mandamiento del Juzgado ó el otorgamiento de un instrumento público, principio este corroborado por la separación de límites de la inscripción y de la cancelación y asimismo por el art. 82 de la ley Hipotecaria, que ordena que las inscripciones ó anotaciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelaran sino por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, ó por otra escritura ó documento auténtico en el cual exprese su consentimiento para la cancelación la persona á cuyo favor se hubiese hecho la inscripción ó sus causahabientes ó representantes legítimos, añadiendo que las inscripciones ó anotaciones hechas en virtud de mandamientos judiciales no se cancelarán sino por providencia ejecutoria que tenga las circunstancias prevenidas en el párrafo anterior, etc., siquiera el art. 72 del Reglamento haya modifica o este punto abreviando los trámites y removiendo obstáculos.

Eliminada la intervención judicial en los expedientes de tutela y conferida su regulación al organismo familiar denominado consejo, la primera rémora que obstruye el paso es la imposibilidad de expedir un mandamiento, toda vez que éste deriva del imperio judicial. No supone menos traba la ineficacia del acuerdo tomado por el consejo de familia, cuando de cancelación parcial se trate, aunque venga certificado por el vocal presidente como ejecutor de las determinaciones que aquél adopte, porque como carece de la fuerza de la providencia ejecutoria de la escritura pública ó del documento auténtico, no surte efectos ni es título para la cancelación, á tenor de los artículos 82 de la ley Hipote-

caria genéricamente y 73 de su Reglamento con especialidad al caso que estudiamos.

Y sin embargo de esto, el art. 73 del Reglamento de la ley Hipotecaria es, á pesar de su falta de concordancia con la literalidad del art. 259 del Código civil, la regla que hay que observar cuando de la cancelación de una hipoteca por razón de tutela se trate. No se puede negar que en su fondo hay comunidad de espíritu entre los dos citados artículos. El primero preceptúa categóricamente que mientras que del título de cancelación, ora sea éste ejecutoria ó escritura pública, no resulte acreditada la extinción de las responsabilidades aseguradas con la hipoteca ó el cumplimiento de las formalidades que con arreglo á la ley sean necesarias para enajenar, gravar ó liberar los inmuebles hipotecados, no podrá el registrador cancelar la inscripción. Ordena el segundo que no se podrá cancelar totalmente la fianza hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión.

Dedúcese de lo expuesto que, bien examinado el caso, sólo queda un arbitrio para desviar el obstáculo: obtener la cancelación por los mismos procedimientos que expusimos para conseguir la inscripción. Si allí, estrechados de la necesidad, mantuvimos como requisito, impuesto por la laguna de la ley, el otorgamiento de una escritura pública, extendida con los requisitos de toda hipoteca voluntaria y con expresión de las circunstancias taxativamente marcadas en el art. 151 del Reglamento, en esta ocasión optamos por un medio análogo, atemperado á las condiciones del acto y del momento.

Ahora bien: la pregunta que inmediatamente se viene á los labios es la siguiente: ¿de qué manera se justifica, para los efectos de la cancelación, que el tutor ha extinguido las responsabilidades de su gestión, caso de haberlas?

Desde luego se observa que pueden ocurrir dos casos: 1.°, que el tutor renuncie en virtud de causa debidamente justificada ó sea relevado de su cargo; 2.°, que la tutela concluya por llegar el menor á la mayoría de edad, ó recobrar el demente, el pródigo ó el interdicto su capacidad restringida.

Diferéncianse sustancialmente las dos situaciones. En la primera, el menor queda sujeto á tutela; en la segunda, conquista su capacidad jurídica y penetra de lleno en la vida civil con todas

las prerrogativas que las leyes le confieren. La ley, plegándose á las resultancias de los hechos jurídicos, sienta reglas distintas. Para el primer caso, el art. 280 dispone que el tutor que sea reemplazado por otro (y claro es que este reemplazo puede reconocer por causa la renuncia ó la relevación) estará obligado, y lo mismo sus herederos, á rendir cuenta general de la tutela al que le reemplace, cuya cuenta será examinada por el protutor y censurada por el consejo, siendo el tutor responsable de los daños y perjuicios que por efecto de las cuentas sufriere el pupilo, si no pidiere y tomare las de su antecesor. Cuando el segundo caso ocurra, como el pupilo, por una ú otra causa, ha recobrado su capacidad, dispone el Código que el tutor ó sus herederos habrán de rendir cuentas de su administración al que haya estado sometido á tutela ó á sus representantes ó derechohabientes.

De lo expuesto se deduce que la aprobación de las cuentas de la tutela debe hacerse ó por el nuevo tutor, ó por el pupilo llegado á la mayor edad, ó por sus derechohabientes ó representantes. Ahora bien: ésta es la única demostración concluyente de que las responsabilidades del tutor se han extinguido.

Pudiera argüirse que el Código no menciona la aprobación de las cuentas, mas es insostenible la opinión de que la censura del consejo de familia supla sus veces. Si el pupilo, ya en la mayoría de edad, se negase sin causa á aprobarlas, puede el tutor demandarle y el Juez compelerle á que, ó manifieste los vicios de que aquéllas adolezcan, ú otorgue la escritura de aprobación.

De la misma suerte, la carta de pago, ó finiquito, otorgada por el tutor reemplazante á favor del reemplazado ó por el menor llegado á la mayor edad á favor de su tutor, así como la escritura en que conste la remisión de la deuda pasados los quince días siguientes á la rendición de las cuentas, justifican cumplidísimamente la extinción de las responsabilidades del tutor. Si se procediese por embargo y venta de bienes para conseguir el pago del saldo que en contra del tutor resultase, puede ocurrir que los bienes hipotecados y sacados á subasta pública se adjudiquen al acreedor ó se le reintegre de su crédito con el precio del remate. Aquí la justificación, y por ende la forma de la cancelación, toma un aspecto diverso desde el instante que se procede judicialmente, y como este giro se separa de la cuestión que tratamos, nos creemos relevados de detenernos en ella.

Ciñéndonos ya estrictamente á la materia de este comentario, ocurre preguntar: ¿podrá el Registrador cancelar la hipoteca legal constituída para garantizar la tutela si se le presenta por el tutor, sus representantes ó sus herederos, á más de la escritura de constitución de hipoteca (art. 250 de la ley Hipotecaria), otra escritura de aprobación de cuentas otorgada por el tutor que reemplace al saliente, ó por el pupilo llegado á la mayor edad, ó un instrumento público donde constase el pago del saldo que en contra del tutor resultase ó la condonación de la deuda, siempre que en este caso apareciese otorgado con posterioridad á los quince días siguientes á la rendición de las cuentas? En nuestro sentir, desde luego. El Registrador, teniendo a su vista la escritura de constitución de hipoteca, deducirá facilísimamente que la tutela se ha extinguido, puesto que para verificar este cálculo cuenta con los dos datos de esencia: la edad del menor al constituirse la hipoteca; el tiempo fijado por la ley para la duración de la tutela. Además, cualesquiera de los instrumentos á que nos hemos referido demuestran palpablemente la extinción de las responsabilidades del tutor y pueden servir de título para la cancelación, unidos, como decimos, á la escritura en que se hubiese constituído la hipoteca. No contradecimos de esta suerte el art. 73 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria en su último párrafo, único aplicable, por lo que al caso que estudiamos respecta; antes bien, le confirmamos.

He aquí, pues, cómo por un medio sencillo cual es el otorgamiento de una escritura de aprobación ó de finiquito ó de remisión, se obtiene un título para cancelar la hipoteca constituída desde el instante que comprueba la extinción de las responsabilidades que el tutor hubiere contraído en el desempeño de su cargo.

Todavía, para mayor seguridad, cabe otro medio, análogo al anterior, aunque más perfecto, á saber: el otorgamiento de una escritura pública de cancelación, en la que, á más de la aprobación expresa por el menor, llegado á la mayor edad, de las cuentas rendidas, ó de haber recibido el saldo que resultase en contra del tutor, se inserte la censura de las referidas cuentas formulada por el consejo de familia. Pero de todos modos, hágase en una ú otra forma, siempre vendremos á parar á la analogía del procedimiento seguido para la constitución, por la fuerza de aquel

principio de que las relaciones de Derecho se deshacen de la misma manera que se hacen.

Cancelación parcial de la fianza hipotecaria – Dispone el artículo 80 de la ley Hipotecaria que podrá pedirse y decretarse en su caso la cancelación parcial: 1.°, cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripción ó anotación preventiva; 2.°, cuando se reduzca el derecho inscrito á favor del dueño de la finca gravada.

Concuerdan con el artículo transcrito los 69 y 70 del Reglamento.

Dice el 69: «Se entenderá reducido el inmueble objeto de la inscripción para los efectos del núm. 1.° del art. 80 de la ley, siempre que materialmente disminuyan su cabida ó proporciones, bien por obra de la naturaleza, como la fuerza de los ríos, la mudanza de sus álveos, la ruina de los edificios cuyo suelo sea de propiedad ajena, ó cualquiera otro acontecimiento semejante, ó bien por la voluntad del propietario, como sucede cuando éste divide su finca, enajenando una parte de ella.»

Establece el art. 70 del propio Reglamento que se considerará reducido el derecho inscripto á favor del dueño de la finca gravada para los efectos del núm. 2.° de dicho art. 80: 1.°, cuando se disminuya la cuantía del mismo derecho por renuncia de interesado ó convenio entre las partes, como si el acreedor hipotecario consintiere en reducir su hipoteca á una parte del inmueble hipotecado ó si el usufructuario renunciara á una parte del predio usufructuado, ó si el censualista limitase el censo á una parte de la finca sobre que gravita; 2.°, cuando se disminuya la cuantía del derecho inscrito por efecto natural del contrato que diera causa á la inscripción, como sucede cuando el deudor hipotecario paga una parte de su crédito, haciéndolo constar en debida forma, ó cuando el censatario redima una parte del capital del censo, ó cuando en el usufructo vitalicio constituído por dos ó más vidas, fallece uno de los usufructuarios; 3.°, cuando se disminuya la misma cuantía del derecho por sentencia judicial, como sucede siempre que se declare nulo en parte solamente el título en cuya virtud se haya hecho la inscripción.

Finalmente, el art. 71 preceptúa, en consonancia con los dos anteriores, que cuando la cancelación fuese parcial, expresará claramente la parte del derecho que se extinga, la de la finca que

quede ó la de la carga que subsista, así como el motivo de su reducción.

La cancelación parcial se efectuará como la total, con las modalidades impuestas por la ley, dada la diversidad de los casos. Así, pues, el consejo de familia, una vez acordada la reducción de la fianza, ejecutará su acuerdo por conducto de su presidente, y decidida la parte del derecho que se extinga, procederá al otorgamiento de una escritura, insertándose en ella el acta de la sesión donde se hubiere decidido la reducción de la fianza, para que de esta suerte consten las circunstancias exigidas por el artículo 71 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria.

Cancelación de la fianza pignoraticia.—Si empleamos la palabra cancelación es por acomodarnos al tecnicismo usado por el Código. En rigor, el término propio debería ser éste: «Levantamiento de la fianza pignoraticia.»

Sabemos, á tenor de lo prevenido por el art. 257 del Código, que esta clase de fianza se ha de constituir depositando los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados á este fin.

Concluída la tutela y extinguidas las responsabilidades del tutor, ¿en virtud de qué documento entregarán á este último los títulos cotizables ó el dinero ó alhajas depositadas? Nosotros, partiendo del principio de que la aprobación de las cuentas generales es el único medio que demuestra irrebatiblemente la extinción de las responsabilidades, no vemos otro arbitrio que el otorgamiento de una escritura pública por el menor, llegado á la mayor edad, á favor del tutor, aprobando las cuentas ó dándose por pagado del saldo que en contra de aquél resultase, insertándose en dicha escritura, para mayor seguridad, certificación del acta del consejo en que diere por terminada la tutela.

Aun con todos estos requisitos y solemnidades, dada la organización funestísima de nuestras oficinas, y el expedienteo é inútiles solemnidades que nuestros burócratas exigen para los actos más sencillos, dudamos mucho que en el establecimiento ofical donde la prenda se encuentre depositada, hagan entrega al tutor con la presentación de la susodicha escritura. Si surgiera alguna rémora, y en las oficinas requiriesen un mandamiento judicial, no encontramos otro medio que promover un acto de juris-

dicción voluntaria, justificar ante el Juzgado la conclusión de la tutela y extinción de responsabilidades con los documentos anteriormente citados, y suplicar la expedición de un mandamiento judicial á los efectos del levantamiento de la fianza pignoraticia constituída. Todo esto se evitaría si el Código llevara á la práctica el pensamiento que expondremos al desarrollar el comentario del cap. XI, consagrado al Registro de tutelas.

Cancelación de la fianza subhipotecaria.—En este punto, el Real decreto de 20 de Mayo de 1880, en la regla cuarta del art. 2.°, está terminante. Dice así: «La inscripción de subhipotecas á que se refiere el núm. 8.° del art. 107, constituídas sin las formalidades que para las cesiones de créditos hipotecarios establece el artículo 153, y las de esta clase comprendidas en el art. 154, podrán cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del subhipotecante ó cedente.» Mas es llano que cuando se hubiesen cumplido las solemnidades del art. 153 y formalizado en su consecuencia una nueva inscripción, la regla anterior no rige y se impone forzosamente el consentimiento del acreedor subhipotecario ó del cesionario.

Cancelación de la fianza personal.—No requiere ninguna diligencia especial, puesto que la garantía que se presta no se inscribe ni se deposita, dada su condición incorporal.

Concluída la tutela y extinguidas las responsabilidades, *ipso facto* se disolverá la fianza prestada. En último término, para acallar los escrúpulos del fiador, pudiera otorgarse una escritura de levantamiento de fianza, insertándose en ella la censura de cuentas del consejo de familia y la aprobación de las mismas por el menor llegado á la mayor edad, el demente que recobre su razón ó el tutor que reemplace al saliente, caso de renuncia ó relevación del cargo.

Un último punto para terminar. El artículo objeto de nuestro estudio prevé el caso de que sea necesario el aumento de la fianza. Innecesario es decir que las reglas dadas para la constitución rigen para el aumento, debiendo tener presente lo dispuesto por el art. 81 de la ley Hipotecaria, cuyo tenor literal es como sigue: «La ampliación de cualquier derecho inscrito será objeto de *una nueva* inscripción, en la cual se hará referencia de la del derecho ampliado.» Así, pues, y como dicen los señores Galindo de Vera y Escosura, «la inscripción primitiva del dere-

cho queda viva, no obstante hacerse una nueva al ser ampliado.» «Así lo convence, añaden, el que en ésta ha de hacerse referencia de la del derecho que se amplía, porque siendo tan importante la fecha de la inscripción, si al ampliarse un derecho se hiciera una inscripción de modo que quedase caducada la primitiva, podría sufrir perjuicios el acreedor, mientras que cumpliéndose el art. 81, no hay perjuicio ni para el acreedor ni para un tercero. Si éste inscribió ó anotó algún derecho después de inscrito el de aquél y antes de hacerse constar la ampliación, este nuevo asiento no le perjudicará, pero sí el primero.»

Hasta aquí la materia propia del presente comentario.

ART. 260. Están exentos de la obligación de afianzar la tutela:

1.° El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que son llamados á la tutela de sus descendientes.

2.° El tutor testamentario relevado por el padre ó por la madre, en su caso, de esta obligación. Esta excepción cesará cuando con posterioridad á su nombramiento sobrevengan causas ignoradas por el testador, que hagan indispensable la fianza, á juicio del consejo de familia.

3.° El tutor nombrado con relevación de fianza por extraños que hubiesen instituído heredero al menor ó incapaz ó dejádole manda de importancia. En este caso, la exención quedará limitada á los bienes ó rentas en que consista la herencia ó el legado.

Concordancias.—Igual al art. 226 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—La regla general contenida en el art. 252 del Código civil halla su excepción en el art. 260; pero excepción

justificadísima que tiene su apoyo en la santidad del cariño y en la pureza de los afectos.

Quien no sepa lo que es el cariño del abuelo y de los padres, cuánta es su intensidad y hasta dónde llega su abnegación, repelerá el precepto, estimando que la garantía material de la fianza vencerá siempre dentro del terreno jurídico á la garantía moral, por aquel principio de derecho de que hay más seguridad en las cosas que en las personas. Empero no es el derecho tan egoísta, y aunque propende al convencionalismo y á la positividad, algún resquicio descubre por donde escapa y legisla el sentimiento. Porque al cabo, un sentimiento hermoso, una presunción indestructible es la base del artículo que nos ocupa. Todos los que desempeñan la honrosa función de la guardaduría están obligados por la ley á garantizar los resultados de la administración que se les confiere, porque por mucha que sea la simpatía, siempre asoma la desconfianza; todos tienen que llevar sus inmuebles á la hipoteca, sus muebles al depósito, su crédito á la plaza pública, buscando una persona que fíe; todos, menos los padres y los abuelos, y es que la paternidad vale más que todas las hipotecas, prendas y fianzas que pudieran prestarse. ¿Habrá de perjudicar el padre al hijo, el abuelo al nieto, cuando éstos son, con respecto á sus progenitores, vida de su vida? El amor paternal es una ley que gobierna la humanidad, ley indestructible porque si desapareciera, desaparecería la sociedad. ¿Es posible que el derecho positivo olvide la condición humana? No. Los Códigos no se fundan en las aberraciones, sino en los sentimientos, que encauzan la vida del hombre hacia el logro de sus aspiraciones nobilísimas.

He aquí por qué el legislador ha sancionado como la primera y principal excepción de la regla general del art. 252, este número 1.º del art. 260, que dice: «Están exentos de la obligación de afianzar la tutela: 1.º, el padre, la madre y los abuelos, en los casos en que son llamados á la tutela de sus descendientes.»

La ley de Enjuiciamiento civil, en el hecho de consentir que el tutor ó curador nombrado con relevación por el padre ó la madre en su testamento estuviese exento del deber de prestar fianza, debió, para ser lógica, sancionar que en el caso en que fuesen los mismos padre ó madre los que desempeñasen la curaduría quedasen asimismo libres de la obligación de afianzar. Pero la lógica

se oscureció, y de la contextura de la referida ley se dedujo, y se erigió en regla recogida por los comentaristas y expositores, que los tutores legítimos y curadores ejemplares estaban todos obligados á constituir prenda ó hipoteca.

Hoy ya, gracias á la obra de codificación de nuestro derecho civil, han quedado zanjadas todas las dificultades, y por virtud del art. 260 se han disipado las brumas que antes envolvían este paraje de nuestra antigua legislación.

Dentro del primer número tropezamos á seguida con dos cuestiones que vamos á exponer, valiéndonos de un ejemplo, por aquello que dice un reputado escritor y jurisconsulto, de que aunque los abstractos digan más al entendimiento que los concretos, éstos hablan al sentido con mayor claridad y perfección.

A y *B* contraen matrimonio, siendo de notar que *A*, al tiempo de contraerlo, tiene un hijo, *C*, de otro matrimonio anterior; *A* fallece y *C* pierde la razón. Es llamado *B* al desempeño de la tutela. Como habrán observado nuestros lectores, en el caso que hemos presentado, *B* aparece como padrastro de *C*. ¿Estará exento de la obligación de afianzar?

Respondiendo sentenciosamente, como los antiguos jurisconsultos romanos, opinamos que no. El segundo esposo no gana la potestad sobre los hijos que la mujer haya habido en el primer matrimonio.

Buena prueba nos suministra el art. 168 del Código civil estatuyendo que la viuda que pasa á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre los hijos habidos con el primer marido, y aún corrobora más esta prueba la deducción irrebatible de que dichos hijos entrarán en tutela. Ahora bien: si la relevación legal de fianza descansa, por lo que concierne al número 1.º del artículo 260, sobre la base de la paternidad, dedúcese que careciendo el padrastro de la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio y no ligándole la acendrada simpatía que descubre el hecho de instituir heredero al menor ó incapaz, ó dejarle un legado de importancia, débesele reputar, para los efectos de la no relevación, como un extraño, y en su consecuencia, débesele exigir que constituya hipoteca, prenda ó fianza. Todavía otra razón de mucho peso campea en pro de la tesis sustentada. El padrastro pudo haber tenido hijos de *A*, mujer casada con él en segundas nupcias. Si se confiase el demente á su tutela sin la ga-

rantía de una fianza bastante, ¿no es lógico suponer que, impelido por la fuerza del cariño, favoreciese á sus hijos legítimos con perjuicio de su hijastro, máxime cuando éste yaciere en la horrible celda de un manicomio?

Puede, pues, asegurarse con fundamento que la relevación legal comprende á los que ostentan la ejecutoria natural de padres sobre sus hijos.

La segunda cuestión es también sencilla. *B*, hijo natural reconocido de *C*, pierde la razón, es declarado pródigo ó sufre una pena que lleva consigo la interdicción civil. *C*, su padre, ¿podrá desempeñar la tutela? Y en caso afirmativo, ¿estará exento de la obligación de afianzar? Ambas preguntas las contestaremos afirmativamente.

El Código civil, al hablar de la tutela legítima de los menores no emancipados, dice en el art. 211 que no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos. En la sección inmediata del mismo capítulo se ocupa de la tutela de los locos y sordomudos, y entonces se desliza silencioso sin repetir el precepto restrictivo antes enunciado, contrastando, por modo notable, la omisión de un caso con la llaneza y expresión del otro. Mucho dice esto á favor de nuestra opinión, pero las consideraciones jurídicas tienen mayor fuerza todavía.

Aun suponiendo que el padre natural no pudiese ser tutor legítimo de su hijo loco ó pródigo, y en esta hipótesis hubiera de ser postergado á la condición de un tutor dativo (supuesto que rechazamos), en la concurrencia del padre y del extraño forzosamente habia de prevalecer la designación de aquél, no solamente por razón de derecho natural, sino en méritos de lo dispuesto en el art. 245 del Código civil. Ahora bien: ya viniese á la tutela de su hijo demente como tutor legítimo ó dativo, siempre descollaría preeminentísima su respetable autoridad de padre del desventurado cuya razón estuviese oscurecida. Las prerrogativas de la paternidad no pueden menospreciarse. El Código dice que los padres están exentos de la obligación de afianzar. Padre es el legítimo. Padre es el natural. Cariño acendrado debe suponerse en ambos para con respecto á su hijo. De patria potestad gozaron en la minoridad del descendiente el uno y el otro. Igual privilegio debe alcanzarles, que al fin y á la postre, si la sanción de la ley ó de la Iglesia es respetabilísima, no debe guardarse menos respeto á la

sanción del tiempo, que llega hasta consolidar estados inciertos, trocando ilegitimidades de nacimiento en situaciones de legitimidad.

Descartadas estas cuestiones, examinemos el segundo párrafo del art. 260.

Establece que asimismo está exento de la obligación de prestar fianza el tutor testamentario relevado por el padre ó por la madre, en su caso, de esta obligación.

El precepto es una derivación del número anterior, y trae su origen de la ley de Partidas, que al omitir, por lo que á los tutores testamentarios respecta, el deber de afianzar, partió del principio de que, designados por el padre en su testamento, es visto que aprobó su fe y diligencia para la guarda de la persona y la administración de los bienes del huérfano. El Código civil parte de la misma presunción, aunque restringe sus efectos hasta el punto de que si el cónyuge supérstite en su testamento no releva expresamente al tutor de la obligación de prestar fianza, no podrá eximirse de este deber ineludible de todo tutor. Celoso el Código, se subroga en el pensamiento del testador, valga la frase. No pudo éste querer que sus hijos se viesen bajo la guarda de un insolvente ó de una persona de mala conducta, expuestos á graves percances; adelántase el legislador y preceptúa que si con posterioridad al nombramiento del tutor sobrevinieran causas ignoradas que hagan indispensable la fianza, á juicio del consejo de familia, cesará la excepción y el tutor tendrá que asegurar el resultado de sus gestiones tutelares de alguna de las maneras que dispone el art. 253 del Código civil.

Un último caso nos resta: el del tutor nombrado con relevación de fianza por extraños que hubieren instituido al menor ó incapaz ó dejádole manda de importancia. El Código civil, siguiendo el precedente del art. 1.834 de la ley de Enjuiciamiento civil, dispone, de la misma manera que esta última, que la relevación de fianza se limitará á los bienes ó rentas en que consista la herencia ó el legado. El fundamento de esta disposición es uno de tantos convencionalismos del derecho, que, como es visto, gradúa la simpatía por el cuanto de la herencia ó el legado que gane el menor. Y, sin embargo, no es posible desentenderse de estos artificios, á los cuales la necesidad, y con ella la ley escrita, rinde acatamiento.

Una deficiencia salta á primera vista, en la que el Código no hubiese incurrido si hubiera puesto su cuidado en la disposición en que aparecen los artículos 1.833 al 1.835 de la ley procesal civil. Según dispone el núm. 2.° del artículo que comentamos, cuando por lo que atañe al tutor nombrado por el cónyuge supérstite sobrevinieren causas ignoradas por el testador, que hicieren necesaria la fianza á juicio del consejo de familia, cesará la relevación. Ahora bien: el núm. 3.° del mismo artículo, al tratar del tutor nombrado por el extraño que instituyese heredero al menor ó le dejare manda de importancia, no repite la misma regla, dando á entender aparentemente que en este último caso no rige la excepción.

Nuestros lectores desde luego se penetrarán que no es lícita esta interpretación, puesto que no hay fundamento racional para exeptuar á los tutores nombrados por los extraños.

Esto se hubiera evitado con insertar al final del art. 260 el inciso de su segundo número, redactado en esta forma:

«Las excepciones á que se refieren los números segundo y tercero de este artículo cesarán cuando con posterioridad al nombramiento del tutor sobrevengan causas ignoradas por el testador que hagan indispensable la fianza, á juicio del consejo de familia.»

Finalmente, debe tenerse en cuenta la regla 7.ª de las disposiciones transitorias, cuyo contexto es como sigue: «Los padres, las madres y los abuelos que se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes, no podrán retirar las fianzas que tengan constituídas ni ser obligados á constituirlas si no las hubieran prestado, ni á completarlas si resultaren insuficientes las prestadas.»

CAPÍTULO IX

DEL EJERCICIO DE LA TUTELA

Como su nombre indica, se comprende en este capítulo las disposiciones relativas á la vida de la tutela. Los derechos y deberes del tutor, los principios generales que regulan la capacidad de éste y la del menor, las restricciones á esta capacidad, las formalidades que han de acordarse en determinados actos de la administración de los bienes del menor ó incapacitado, y los casos en que cesa la tutela, todos estos diversos extremos figuran en él.

Por este mismo carácter general, el capítulo comprende preceptos de naturaleza esencialmente distinta. Así, al lado de uno profundamente sustantivo, como es el del art. 262, declarativo de que el tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición de la ley pueden ejecutar por sí solos, precepto que expresa el fundamento capital de la tutela, ó sea la incapacidad del menor, del loco, demente, imbécil, pródigo ó interdicto, figuran los de los artículos 269 al 272 y 274, de índole más bien adjetiva, como quiera que se refieren á los requisitos y solemnidades que han de observarse en los actos en ellos comprendidos.

Este inconveniente obedece, no obstante, á una

razón imperiosa: la necesidad ó conveniencia de presentar reunidos dentro de un mismo capítulo, artículos referentes al mismo período de la tutela, á su vida y á su ejercicio. Es un defecto inherente á la naturaleza de los diversos actos que comprende el ejercicio de la tutela, en el que incurren casi todos los Códigos. El francés y el belga contienen una sección (8.ª, cap. II, tít. X, libro I), y el de Guatemala y Méjico un capítulo que lleva por epígrafe «Administración de la tutela;» el italiano una sección titulada «**Ejercicio de la tutela**,» y tanto la sección como el capítulo constituyen, como en el español, un conjunto heterogéneo de disposiciones, de indispensable inserción para la facilidad del cumplimiento del cargo de tutor.

Sustituída la personalidad del Juez por la del consejo de familia en la mayor parte de los actos relacionados con la tutela, el consejo de familia es el que debe poner en posesión al tutor, como dice el art. 161, en vez de acordar el discernimiento del cargo de que habla el art. 1.868 de la ley de Enjuiciamiento civil. Lo mismo sucede respecto de la cuantía de la pensión alimenticia, atribución propia antes de la autoridad judicial (artículos 1.861 y 1.862 de la ley procesal) y hoy del consejo, conforme al art. 268 del Código.

Determínanse en el capítulo, como ya hemos dicho, aunque de manera general é indirecta, los derechos y deberes del tutor, expresados los primeros en el artículo 262, que concede al tutor la representación del menor ó incapacitado en todos los actos civiles, y en el 276, que le asigna una retribución como premio de su trabajo; expuestos los segundos en el 264 y 269, com-

prensivos de los actos para los que necesitan autorización del consejo, y en el 273, que le declara responsable de los intereses legales del capital del menor, cuando éste quedare improductivo por su culpa.

Los artículos 270, 271, 272 y 274 tienen por objeto manifestar la forma en que se ha de llevar á efecto la enajenación ó gravamen de los bienes del menor ó incapacitado, así como la manera de obtener la autorización para transigir ó comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor esté interesado, actos para los cuales es indispensable la autorización del consejo de familia, equivalente á la judicial, á la que reemplaza.

No ha estimado el legislador suficiente salvaguardia en todos los casos la intervención del consejo de familia; algunos actos los prohibe expresamente, como los consignados en el art. 275. Esta prohibición se encuentra en todos los Códigos extranjeros, los cuales llevan más allá que el nuestro su espíritu restrictivo, puesto que prohiben al tutor el arrendamiento de los bienes del menor ó incapacitado, y la limitación en cuanto á la compra es absoluta, y no relativa como en el citado art. 275.

De la terminación de la tutela se ocupa el art. 278, disposición bastante incompleta, puesto que omite algunos casos en que aquélla concluye, y guarda un silencio perjudicial en cuanto al modo de justificar y acreditar la cesación de la misma, particular que expresan otros Códigos como el francés, belga, portugués y mejicano.

En realidad, creemos que los capítulos referentes al afianzamiento de la tutela, al ejercicio de ésta, cuentas

y aun registro, debieran constituir uno solo, dividido en tres secciones con los mismos epígrafes, y para evitar repeticiones podría llamarse «administración de la tutela» al que hoy se denomina «ejercicio.» La prestación de la fianza es un requisito previo al ejercicio de la tutela, hasta el punto de que el art. 255 dice que no entrará el tutor en posesión de su cargo sin haber prestado la que se le exija; lo mismo sucede con la inscripción en el registro, según el art. 205; la rendición de cuentas es una consecuencia indeclinable de ese mismo ejercicio. Son diversos momentos de una misma fase de la tutela y de aquí que debieran estar incluídos en un capítulo, no en distintos.

Esos son defectos de forma que no afectan en nada á la doctrina, más completa que la que hasta ahora ha existido. Al menos, el Código presenta agrupadas, con más ó menos método, pero al fin unidas, disposiciones que se hallaban esparcidas en diversas leyes, y sólo por esto se hace acreedor á alabanzas.

ART. 261. El consejo de familia pondrá en posesión á los tutores y á los protutores.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—El consejo de familia ha sustituído á la autoridad judicial en las atribuciones que la competían en la esfera de la tutela. Los casos en que era necesaria la intervención del Juez constituyen el equivalente de los que en la actualidad se requieren para la del consejo de familia. Por esta razón, los preceptos que exigían dicha intervención, los consideraremos como precedentes de los que prescriben la del citado consejo.

Ley de E. civil.—Art. 1.868. Practicadas todas las diligencias

acordadas, y otorgada *apud acta* por el tutor ó curador obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme á las leyes, el Juez acordará el discernimiento del cargo. En el acta del discernimiento le conferirá facultad para representar al menor ó incapacitado con arreglo á las leyes, y para cuidar de su persona y bienes y dispondrá que se ponga el correspondiente testimonio del acta en el Registro del Juzgado.

Art. 1.870. Hecho el discernimiento, se hará entrega del caudal del menor ó incapacitado al tutor ó curador, por inventario, que se unirá al expediente, si ya no obrare en él, á cuyo pie constará el recibo del expresado tutor ó curador. Igual entrega, y con la misma formalidad, se hará de los títulos ó documentos que se refieran á dichos bienes.

Art. 1.872. Si el tutor ó curador lo pidiere, se requerirá á los inquilinos, colonos, arrendatarios y demás personas á quienes corresponda, para que lo reconozcan como tal tutor ó curador.

COMENTARIO.—Borrada por el Código la intervención que el derecho derogado concedía á la autoridad judicial en todo lo referente á la tutela, y sustituída dicha intervención por la del consejo de familia, natural es que sea éste el que otorgue al tutor y al protutor el título para el desempeño de su cargo.

Cómo se efectúa esto y en qué momento tiene lugar, lo indica el desenvolvimiento del consejo de familia, entidad que sufre un período de verdadera gestación, que pudiéramos decir, antes de ejercer las funciones que por la ley le están señaladas. Así, la primera facultad se limita á la formación del consejo (art. 300), y una vez formado es cuando debe procederse á la constitución de la tutela (art. 301), mediante la oportuna acta, en la que se hará constar, ora la designación de tutor, hecha por el padre, la madre ó el extraño que hubiese dejado al menor ó incapacitado herencia ó legado de importancia, ora el nombramiento del que corresponde con arreglo al art. 211, ya eligiéndole en el caso del 231. Como, por otra parte, el art. 234 declara en su primer párrafo que el tutor no podrá comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya sido nombrado el protutor, de aquí que deba verificarse la designación de protutor en el acta y momento á que nos venimos refiriendo, como requisito sustancial de la constitución. Ahora bien: no basta la mera designación de tutor y pro-

tutor para el efecto de que se entienda constituída legal y definitivamente la tutela; precisa el cumplimiento de dos requisitos muy importantes.

Es el primero el afianzamiento exigido por el art. 252, que el tutor tiene que prestar antes de que se le discierna el cargo. De modo que en este caso serán necesarios dos diversos actos: uno para la designación del tutor; otro para la prestación de la fianza y consiguiente nombramiento legal de aquél, á no ser que estando presente el nombrado, constituya en el mismo momento la oportuna fianza. Que en general tienen que ser dos actos, lo prueba una consideración: la de que el nombrado puede excusarse por hallarse ó creer encontrarse dentro de alguno de los casos del art. 244, y claro es que mientras este extremo no queda resuelto, no se puede decir que la tutela se halle constituída.

El segundo requisito es la inscripción del nombramiento de tutor en el Registro de tutelas, requisito ineludible, hasta el punto de que el art. 205 establece que sin su cumplimiento el tutor no entrará en el desempeño de sus funciones. Dedúcese de esto que en tanto estos diversos preceptos no estén cumplidos, no goza el tutor de su verdadero carácter, y además que el título justificativo de éste no es otro que el testimonio de la antes citada inscripción, ó sea de las actas de constitución del consejo de familia, designación de tutor, prestación de fianza y nombramiento de aquél, testimonio equivalente al antiguo discernimiento judicial. En cuanto al protutor, el título será la parte del acta mencionada relativa á su designación.

Si se fija la atención sobre esto, vemos que en puridad no se trata de lo que manifiesta el artículo. Dice éste que el consejo de familia *pondrá en posesión á los tutores y protutores*, y hasta aquí no hemos hablado de ello. Hemos mencionado, sí, el documento, el título que acredita el cargo de tutor ó protutor; pero no los efectos de este título. Hay en esto la misma diferencia que, tratándose de un interdicto de adquirir, por ejemplo, entre el auto otorgando la posesión (causa ó antecedente) y la toma de esta posesión (efecto ó consiguiente), que se verifica, conforme al artículo 1.638 de la ley de Enjuiciamiento civil, otorgándola en cualquiera de los bienes en voz y nombre de los demás, mediante el oportuno requerimiento á los inquilinos, colonos, depositarios y administradores. ¿Es esto lo que quiere dar á entender el Có-

digo, ó se refiere sólo al extremo de la entrega del título justificativo del nombramiento de tutor ó protutor? El artículo, lejos de resolver la duda, la origina, puesto que si dice que se pondrá en posesión á los tutores ó protutores, no expresa á qué concierne la posesión, si al cargo propiamente dicho, ó á los actos indispensables para ejercer éste. Nosotros entendemos que el concepto del artículo abraza ambos particulares. En primero y principal término, el otorgamiento del título legal de su representación; en segundo lugar y como consecuencia indeclinable del anterior, la realización por el consejo de familia de los medios necesarios para que el tutor y protutor puedan desempeñar las funciones de su competencia, ejercer su cargo, en una palabra, ya entregándole los documentos relativos á los bienes del menor ó incapacitado, ya haciendo conocer la condición legal del tutor ó protutor á las personas que tengan obligación de saberlo (inquilinos, arrendatarios, etc., de los bienes del sujeto á tutela), efectuando los oportunos requerimientos, ya judicial, ya extrajudicialmente.

ART. 262. El tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos.

Concordancias.—Análogo al art. 218 del proyecto de Código de 1851, é igual al 227 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, lib. II, tit. V, ley* 10.ª—Los ninnos que son menores de XIIII annos, si quieren fazer manda de sus cosas ó otro prometimiento, o por escripto, o por testimonias, non le puedan fazer, fueras ende si fuere por enfermedad ó por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de diez annos adelantre, puede cada uno de ellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermedad, quanto mandaron non deve valer, fueras ende si por ventura tornaren en enfermedat e lo otorgaren de cabo, o si ovieren despues cumplidos XIIII annos. E los ninnos e los vieios que son

fechos locos, e que non an nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden seer testimonias, ni maguer fagan manda, non deve valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que fizieren en aquel tiempo de sus cosas debe ser establescido. *Libro cuarto, título III, ley* 3.ª... E si algunas demandas fueren fechas contra los ninnos, aquel que fuere su defendedor deve responder por ellos...—*Libro id., tit. id., ley* 4.ª... Onde por esta ley avemos dado conseio á todos los huerfanos, fueras ende aquellos que son de tal edad, que pues que han XV annos passados nos manda la ley que puedan demandar lo que perdieran antes.

Fuero Viejo, libro quinto, tit. IV, ley 3.ª – Ningund niño chico, nin ninguna niña chica, nin ningund guerfano, nin ninguna guerfana fasta que aya dies e seis años, por cuita que haya, nin por ninguna cosa, si non fuer por governacion, ó por pecho de Rey, ó por debda que padre, ó madre devan seyendo sanos, non ayan poder de vender, nin de empeñar, nin obligar á peños suo eredamiento, nin ninguna de suas cosas. Mas despues que compriren siete años el guerfano, ó la guerfana fasta en doce años, si por auentura vinier á era de muerte, é mandare dar alguna cosa por sua alma, si de aquella enfermedat murier, que aya poder de dar la quinta parte por sua alma: e de doce años adelante que aya poder de dar la meitad de quanto ouier, é todo, si quier, por sua alma, e de que ouier dies e seis años, es de edat comprida, e puede facer de suos bienes lo que quisier.—*Libro id., tit. id., ley* 4.ª Esto es Fuero de Castiella: que si algunos guerfanos que non an tiempo, algund ome les quisier facer alguna demanda, deve ser llamado el mas cercano pariente, si ouier tomado lo de los guerfanos, ansi como es derecho, e deve aquel recabdar, e raçonar por ellos; e si non quisier raçonar, prendalo fasta que venga á raçonar por ellos: é si non ouier tomado lo de los guerfanos, e non quisier raçonar, devese ante los Alcalles partir de aquel eredamiento, en tal que si morieren aquellos guerfanos sin tiempo, que nunca erede en ellos. E esto fecho deve mandar á otro pariente el mas cercano, e pasara por ello, é si aquel non lo quier, otrosi devese partir de los bienes del guerfano; é esto fecho demandar á otro pariente, e pasar por tal, e de que pariente non fallaren, deve los Alcalles raçonar lo de los guerfanos.

Fuero Real libro primero, tit. XI, ley 7.ª—Si algun loco ó desmemoriado ficiere Pleyto, mientra durare la locura, en el tal Pleyto

como este, no vala: mas si en algun tiempo cobrare su sentido, é su sanidad; el Pleyto que ficiere en tal tiempo, vala: maguer, que despues torne en la locura. Otrosi mandamos que los que son de menor edad de catorce años, no puedan facer ninguno Pleyto que sea de su daño: mas si ficieren el Pleyto que sea de su pro-no sea desfecho por aquella razon porque fizo Pleyto en tiempo que no era de edad cumplida.—*Libro tercero, tit. VII, ley* 2.ª..... é si alguna demanda ficieren á los huerfanos ó ellos hobieren á demandar á otri, aquel que los tiene en guarda pueda demandar, é responder por ellos...

Partida 3.ª, *tit. II, ley* 11.—Menor seyendo alguno de edad de veynte cinco años, non pueden fazer contra el demanda ninguna en juyzio, a menos que sea delante aquel que lo ha de guardar a el, e a sus bienes. E si por auentura acaesciesse, que tal demandado como este non ouiesse quien lo guardasse, aquel que quiere fazer demanda contra el, deue pedir al Juez del logar, quel de quien lo guarde, e responda por el en juyzio: e el Juez deue catar alguno ome bueno, que sea su pariente, o vezino, sin sospecha, assi como dize en el título de los guardadores, e dargelo, que sea su Guardador en aquel pleyto: e aquel deue responder por el, e guardarle su derecho, bien e lealmente. E el que de otra guisa fiziesse demanda contra atal persona, que non ouiesse edad complida, si el juyzio fuesse contra el demandado, non deue valer; e si fuesse dado a su pro, e a daño del demandador, es valedero.

Partida id., tit. VII, ley 2.ª—Otrosi dezimos que non deuen ser emplazados los que no son de edad, ó que son fuera de su sentido ó desgastadores de sus bienes de manera que les son dados Guardadores para ello. Pero los que ouieren querella destos tales, bien pueden fazer emplazar, á aquellos que touieren a ellos e a sus bienes en guarda...

Partida 5.ª, *tit. XI, ley* 4.ª—Prometer puede á otro, todo ome á quien non es defendido señaladamente. E porque ciertamente puedan saber quales son aquellos a quien es defendido, querémoslos aqui nombrar E dezimos que son estos: el que es loco ó desmemoriado, e el menor de siete años á que llaman en latin *infans*, o el pupillo que es menor de catorze años e mayor de siete. Ca este atal non puede fazer prometimiento que fuesse á su daño. Pero si por razon del prometimiento que fiziesse el pu-

pillo se le siguiesse alguna pro, valdria el prometimiento que fiziesse fasta en aquella quantia que montasse la pro del; e fincaria por aquello obligado e non por mas. E lo que diximos del pupillo ha lugar en el mayor de catorze años e menor de veynte e cinco que ha guardador. Ca el prometimiento que fiziesse este atal sin otorgamiento del guardador, non valdria si non en la manera que desuso diximos del pupillo.

Partida id., tit. id., ley 5.ª—En latin *Prodigus* tanto quiere dezir en romance como desgastador de sus bienes; e dezimos que si á este atal por esta razon le fuesse dado guardador a algun su pariente propinco é a otro, e le fuesse defendido del Juez del lugar que non vsasse de sus bienes sin otorgamiento de aquel su guardador; ningund prometimiento que despues desto fiziesse, non valdria; nin fincaria por ello obligado, si non en aquella manera que diximos en la ley antes desta del pupillo.

Partida 6.ª, *tit. XVI, ley* 17.—El guardador en nome del huerfano deue demandar, e defender el derecho del en todo pleyto, quel mouiesse, ó le fuesse mouido en juyzio. E si fueren los guardadores dos, ó mas, cada uno dellos puede esto fazer, maguer el otro non estouiesse delante, seyendo el moço menor de siete años, o si fuese mayor, e non estouiesse presente en el lugar; mas si fuesse mayor de siete años, estonce puede el moço mouer el pleyto con otorgamiento de su guardador, o el guardador en nome del huerfano, seyendo amos delante: e si sentencia fuesse dada sobre tales pleytos contra el guardador, non deuen fazer entrega por ende en los sus bienes, mas en los del moço que touiesse en guarda. Otrosi dezimos, que el moço non puede fazer pleyto, nin postura con otro ninguno, en que obligue ninguna cosa de sus bienes, a menos de otorgamiento de su guardador; e si lo fiziere á daño de si, non deue valer. Pero si otro alguno fiziere pleyto con el, vendiendole, o obligandole a alguna cosa que fuese a pro del moço, valdria el pleyto que desta guisa fuesse fecho. E el otorgamiento que el guardador fiziere en nome del en juyzio, o fuera del juyzio, deuelo fazer por si, e non por mandadero, nin por carta; ca si de otra guisa lo fiziere, non valdria.

COMENTARIO.—Este artículo es el complemento, la consecuencia necesaria del 199, que determina el objeto de la tutela, consti-

tuyendo con éste las bases ó cimientos sobre que descansa tal institución. Si la tutela sirve, como dijimos en lugar oportuno, para suplir la personalidad jurídica de quien la tiene restringida por virtud de hallarse en alguno de los estados de locura, demencia, sordomudez, prodigalidad é interdicción; si el fundamento científico y racional de la misma es, según hemos también expuesto, la obligación social de defender á quienes por causa de incapacidad física ó legal no pueden hacerlo por sí mismos, natural y lógico es que la persona encargada por la sociedad y la ley de la importantísima función de la defensa del sujeto á tutela asuma la representación de éste en los actos en que dicha protección sea indispensable y conveniente.

Y en verdad que ninguna otra palabra más propia que la de la defensa tratándose de menor ó incapaz. La vida, efecto de la organización social presente, es una perpetua lucha por la existencia, en la que el ser de fuerza mayor (física, económica, etc.) destruye y aniquila al inerme ó al débil. De aquí que el legislador comprenda desde luego la necesidad de buscar un arma, una defensa para el menor ó el incapaz, con la que pueda combatir con sus semejantes en la expresada lucha en igualdad de condiciones, ó al menos no con terrible desigualdad; de aquí también el carácter social, y aún mejor socialista, de la tutela, científicamente hablando, puesto que el Estado interviene de una manera directa en favor de determinados individuos para proteger sus intereses.

Esta intervención, que ha existido en Roma, en la Edad Media y continúa en la época actual, ofrece á simple vista una consideración dolorosa: la escasa ó ninguna moralidad del individuo en el orden económico. Si al contratar un menor con un mayor no temiese el legislador que el primero fuese víctima de engaño por parte del segundo, la ley no hubiera acaso establecido restricciones á la contratación. Esto habla muy poco en pro de la Humanidad, y demuestra lo que tiene ya carácter de verdadero axioma: que los hombres podrán abrigar criterio religioso opuesto y sostener creencias políticas contrarias; pero que en la esfera económica, salvo contadas y por lo mismo más honrosas excepciones, sin diversidad de tiempos ni pueblos, sólo se postran ante el altar del interés individual, rindiendo culto á una sola divinidad, la ambición, oráculo á su vez del egoísmo particular. Díganlo si

no los numerosos pleitos seguidos al amparo del beneficio de restitución *in integrum*, cada uno de los cuales es una confirmación plena de lo asentado por nosotros.

El elemento mudable que acompaña á la tutela como á las varias instituciones de Derecho civil, y de que hablábamos al exponer la naturaleza de aquélla, se encuentra también en su ejercicio. La incapacidad del sujeto á la guarda no ha sido siempre igual, no ha reconocido idéntico límite en la edad del individuo, y además, han existido dos grados de ella: la tutela y la curaleta. Esta diversidad de criterio en los legisladores ofrece un interesante estudio histórico que consideramos muy útil para su comparación con el que rige en la actualidad. En Derecho romano, el pupilo estaba sometido á la primera y el púber á la segunda. El pupilo no podía intervenir en contrato alguno; el púber tampoco tenía facultad para contratar, pero si contra esta restricción, celebraba un contrato, éste era válido en lo que tuviese de beneficioso para el menor.

Preceptos análogos á los del romano contenía nuestro antiguo Derecho, si bien algunos de sus textos se diferenciaban de aquél en el número de años de la persona que ponían término á la incapacidad. El Fuero Juzgo (*ley* 10, *tít. V, lib. II*, véanse *Precedentes legales*) disponía que los menores de catorce años no podían «facer manda de sus cosas por escripto ó por testimonias;» á no ser por enfermedad ó causa de muerte, si bien á continuación añadía que desde diez años podían mandar de sus cosas lo que quisieren. En cuanto á los locos, la misma ley preceptuaba que, careciendo de facultad para dejar mandas, eran válidas, no obstante, las que hiciesen en estado de salud. Refiriéndose ya más directamente al contenido del artículo que comentamos, la ley 3.ª del tít. III, libro cuarto, manifestaba que si se demandaba al menor, su defensor debía responder por ellos.

El Fuero Viejo, en el libro cuarto, tít. IV, ley 3.ª, establecía que ningún menor de diez y seis años podía disponer de sus cosas, y únicamente, en caso de muerte, el mayor de siete y menor de doce y el mayor de esta edad podían dejar por su alma, respectivamente, la quinta parte ó la mitad de sus bienes.

Dos leyes del Fuero Real se ocupaban del particular objeto de nuestro estudio. Una de ellas, la ley 7.ª, tít. XI del libro primero, declara que, respecto del loco y desmemoriado, es nulo el convenio

hecho por él mientras durase su locura, siendo válido el que celebrare cuando recobrare el juicio, y concerniente al menor de catorce años, el pleito ó contrato verificado en su daño no producía efecto alguno; no así el que resultare en su pro, que se consideraba subsistente. Otra de ellas, la ley 2.ª del tít. VII, libro tercero, ordenaba que el tutor era el que debía demandar y responder en nombre de los huérfanos.

Las Partidas consignaban también el precepto de que el menor y el loco no podían ser demandados, sino su tutor ó curador. Lo establecía así la ley 11 del tít. II, Part. 3.ª, al expresar que «menor seyendo alguno de edad de veynte cinco años non pueden fazer contra el demanda ninguna en el juyzio á menos que sea delante aquel que lo ha de guardar á el e á sus bienes,» confirmando esta disposición la ley 2.ª del tít. VII de la misma Partida, al decir que «non deuen ser emplazados los que no son de edad, o que son fuera de su sentido o desgastadores de sus bienes... pero los que ouieren querella destos tales bien pueden fazer emplazar á aquellos que touieren á ellos e á sus bienes en guarda.. » Respecto del caso opuesto, esto es, del de promover demandas, la Part. 6.ª, tít. VI, ley 17, asentaba el principio de que el guardador, en nombre del huérfano, es quien debía demandar, si bien añadía en otro párrafo que, siendo el mozo mayor de siete años, podía móver el pleito con otorgamiento del guardador.

La capacidad para contratar era la misma que la del Derecho romano. Carecían de ella (Partida 5.ª, tít XI, leyes 4.ª y 5.ª) el menor, el loco y el pródigo; pero era válido el celebrado por el primero ó el último en su provecho.

La doctrina sobre la testamentifacción activa se hallaba consignada en la ley 13, tít. I de la Part. 6.ª Conforme á la misma, no podían testar: el hijo que estuviese en poder de su padre, á no ser que fuese caballero ó letrado, caso en el que podía disponer de los bienes del peculio castrense y cuasi castrense, y el salido de memoria, el desgastador y el sordomudo de nacimiento; pero el varón y la mujer mayores respectivamente de catorce y doce años podían otorgarlo. Este precepto de la ley de Partidas fué modificado por el de la ley 5.ª de Toro (4.ª, tít. XVIII, lib. X de la Nov. Recop.) respecto del menor, declarando que «el hijo ó hija que estuviese en poder de su padre, siendo de edad legítima para hacer testamento, podía hacerlo como si estuviese fuera de su poder.»

En cuanto á la prescripción, la ley 2.ª del tít. XXIX de la Partida 3.ª decía que «sano entendimiento aviendo qualquier ome, maguer sea huerfano, puede ganar por tiempo. Mas el loco o el desmemoriado, non puede començar a ganar o perder ninguna cosa en esta manera, despues que saliere de su memoria.» Cualquier persona, como vemos por las palabras de la ley, incluso el menor, era capaz para prescribir, excepto el loco ó desmemoriado.

Estudiemos ahora el contenido del artículo. Establece éste una regla general de carácter negativo y otra excepción, también general, pero afirmativa; la primera al afirmar que el tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles; la segunda al decir que esto se entiende salvo aquellos (actos civiles) que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos.

El artículo habla de la representación del menor ó incapacitado; se concreta en realidad al extremo de su personalidad; pero como hemos expuesto en otro lugar de este comentario, dicho concepto guarda en el caso presente estrecha é íntima unión con el de capacidad. El menor, y todo el sujeto á tutela, lo que tienen restringida es su capacidad, y como consecuencia de esto su personalidad. Pero examinaremos el artículo con relación á la capacidad del sometido á la guarda.

Nada hay que decir respecto de la regla establecida en el artículo. Si el tutor existe, sabido es que su principal cargo es representar al sometido á tutela, supliendo la incapacidad total ó parcial del mismo. En cambio, procede determinar cuáles son los actos civiles que el menor ó el incapacitado pueden ejecutar por sí, sin intervención del tutor. Para mejor explicación de la materia, estudiaremos ésta separadamente con relación al menor y al incapacitado.

Menor. — El artículo no se limita á los actos civiles que puede ejecutar en virtud de las prescripciones del Código; habla de la ley en general. Se refiere, por tanto, á todas las leyes de carácter civil. Ahora bien: expondremos, en primer término, los actos que pueden ejecutar con arreglo á las prescripciones del Código; en segundo, los que les permitan las diversas leyes civiles, y por último, todas las demás, pues nuestro objeto es hacer un estudio de la capacidad del menor ó del incapacitado.

Código civil. — Dentro de éste seguiremos el orden de numeración de sus artículos.

El primer acto es el consignado en el núm. 1.° del art. 15, referente á la declaración que puede hacer el nacido en provincia ó territorio de derecho común de padre sujeto al derecho foral, dentro del año siguiente á su mayor edad ó *emancipación*, de querer someterse al Código civil. El artículo está bien claro, pues dice que los mismos hijos son los que pueden y deben efectuar tal declaración.

A primera vista parecerá tal vez que este caso no se encuentra comprendido entre los que debemos tratar, porque se refiere al emancipado, pero conviene no olvidar (y consignamos esto como advertencia de carácter general) que el artículo que comentamos habla del *menor*, sin distinguir entre emancipado ó no, por lo que nosotros tampoco hemos de establecer distinción alguna entre un caso y otro, sino estudiar todos los que conciernan al menor, haya ó no obtenido su emancipación Además, el número 1.° del art. 200 declara sujetos á tutela á todo menor no emancipado legalmente, y en realidad esta emancipación tiene sólo lugar por la mayoría de edad y por el matrimonio.

El caso segundo guarda cierta analogía con el primero. Es el comprendido en el art. 19, referente al hijo de extranjero, nacido en territorio español de padre extranjero, que, á semejanza del hijo de padres sujetos á legislación foral, nacido en territorio de derecho común, puede hacer la manifestación de querer gozar de la cualidad de español dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación.

Otro de los actos que pueden ejecutar por sí los menores es la celebración del matrimonio, siempre que tengan la edad correspondiente y hayan obtenido la oportuna licencia. El matrimonio, que produce de derecho la emancipación de los cónyuges (artículo 315), determina á su vez la capacidad de los esposos menores para determinados actos. Así, el marido mayor de diez y ocho años (art. 59) puede por sí administrar los bienes de la sociedad conyugal y comparecer en juicio, y la mujer demandar ó defenderse en los pleitos con su marido y en lo criminal (artículo 60), otorgar testamento y ejercer los derechos que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto á los bienes de los mis-

mos. Derecho inherente á los cónyuges, que pueden ejercitar por sí aunque sean menores, es también el de pedir la nulidad del matrimonio (art. 102).

El art. 160 consigna también la capacidad del menor para actos referentes a los bienes. Dice que el hijo no emancipado, que con consentimiento de sus padres viviere independiente de éstos, se le reputara para todos los efectos relativos á los bienes que adquiera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, como *emancipado*, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración. De consiguiente, si goza de estas diversas facultades sobre tales bienes, y respecto de los mismos se le considera emancipado, no cabe duda que todos los actos relativos á dichos bienes podrá ejecutarlos él, sin intervención de ninguna persona.

Un derecho establece el art. 308 á favor del menor, siempre que tenga catorce años: el de asistir y ser oído en las reuniones del consejo de familia. El Código le reconoce en tal acto personalidad para comparecer por sí.

La emancipación y la habilitación de edad son causas asimismo de capacidad del menor, pues producen el efecto (artículos 317 y 324) de que rija su persona y bienes como si fuera mayor, excepto en cuanto al préstamo, gravamen ó enajenación de inmuebles, para cuyos actos necesita el consentimiento del padre, de la madre ó del tutor.

El art. 443 contiene otro precepto afirmativo de la capacidad del menor y aun del incapacitado: declara que «los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas.» La capacidad se limita á esto, al hecho de la adquisición, no se extiende á sus efectos, pues el mismo artículo dice á continuación que «necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.»

La testamentifacción activa es un derecho que pueden ejercitar los menores, siempre que, cualquiera que sea su sexo, hayan cumplido catorce años. Así lo declara el núm. 1.° del art. 663, y lo requiere también la naturaleza del testamento, acto personalísimo como afirma el 670. Confírmalo además el párrafo 1.° del artículo 753, que declara válidas las disposiciones que el pupilo haga en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano ó cónyuge. La mujer casada menor de edad puede en-

trar en la administración de los bienes del matrimonio en los diversos casos que marca el art. 1.441, á saber: cuando sea tutora de su marido; si pide la declaración de ausencia del mismo; cuando la separación de los bienes se hubiera acordado á instancia de la mujer por interdicción civil del marido, y en el caso en que el marido estuviere prófugo ó declarado rebelde en causa criminal, ó si, hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiere proveído sobre ella. Esto en cuanto á los bienes de la sociedad conyugal: respecto de su dote y de los demás que la correspondan por virtud de la liquidación de la sociedad, gozará también de su administración (párrafo 2.º del artículo 1.436) cuando la separación de los bienes obedezca á la ausencia del marido ó á haber dado éste lugar al divorcio.

El último artículo del Código que consigna de manera terminante una disposición relativa á las facultades del menor, es el 1.716, que preceptúa que «el menor emancipado puede ser mandatario,» si bien el mandato sólo le obliga en concepto de tal menor.

Hasta aquí nos hemos ocupado de los actos que por disposición expresa del Código civil pueden ejecutar los menores por sí sólos. Estimamos conveniente estudiar si hay algunos otros que, á pesar de no establecer nada el Código sobre ellos, tienen facultad para realizarlos, sin intervención de las personas bajo cuyo poder se encuentran.

Ocúrresenos presentar desde luego el reconocimiento de un hijo ilegítimo. ¿Podrá el padre ó la madre menor de edad reconocer á un hijo de esta condición? No vacilamos en contestar afirmativamente. Puede verificarse el reconocimiento del hijo natural (y lo mismo el de los demás ilegítimos), conforme al artículo 131, en el acta de nacimiento, en testamento ó en documento público. Ahora bien; la expresión de la paternidad ó maternidad del hijo no es sólo un derecho del padre ó de la madre: es un deber que les impone la ley de Registro civil en su art. 47, declarándoles obligados en primer término á hacer las manifestaciones del art. 48 de la misma, relativas al nombre, apellido, sexo, legitimidad, etc., del nacido. La ley no distingue entre si el padre ó la madre es mayor ó menor de edad: los llama en primer lugar sin esa distinción, porque no ha podido menos de considerar preferentemente obligados al cumplimiento de un deber de ciu-

dadanos, á los que por la naturaleza están también llamados los primeros á velar por sus hijos. Es indudable, por consiguiente, que el padre y la madre, aun menor de edad, gozan del derecho de reconocer al hijo, puesto que constituye un deber de los mismos.

Tampoco da lugar á duda el caso del testamento. Pueden hacer éste, según el art. 663, el mayor de catorce años, cualquiera que sea su sexo; luego en el que otorguen podrán verificar el reconocimiento. Quédanos por examinar el caso del reconocimiento en documento público. No existe precepto expreso de que puede verificarse, pero es indudable que tiene facultad para hacerlo. Si **tiene aptitud para reconocerlo en testamento ó en el acta de nacimiento, ¿qué razón hay para excluir el caso del documento público?** ¿Por qué ha de tener el menor capacidad para tal acto cuando éste se verifica en una forma, y ha de carecer de ella cuando se trate de otra? Esto es imposible porque resultaría que lo más, que es la capacidad para celebrar determinado acto, resulta subordinado á lo menos, como son las solemnidades de dicho acto. Documento público es la certificación del Registro civil é instrumento público el testamento. En ambos puede el menor reconocer á un hijo ilegítimo; luego no hay fundamento para prohibirle que lo haga en escritura, puesto que la persona que lo autoriza es la misma que el testamento, y aún exige menos requisitos que éste, ya que en él se necesitan testigos. El reconocimiento de un hijo es un acto personalísimo, más aún que el testamento, que puede sólo efectuar el interesado. La forma en que el reconocimiento haya de verificarse no puede afectar al derecho de reconocerle.

Los Códigos de Guatemala y Méjico consignan este derecho de un modo expreso. «El tutor, dice el art. 360 del primero, cuidará de la persona del menor, representándola en todos los actos civiles, *excepto en el reconocimiento de hijos* y el otorgamiento de testamento.» El art 594 del segundo se encuentra concebido en estos términos: «El tutor está obligado á alimentar y educar al menor, á cuidar de su persona, á administrar sus bienes y á representarle en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, *el reconocimiento de hijos,* el testamento y otros de la misma clase.»

¿Pueden adquirir por ocupación? En nuestro sentir, sí, tanto tratándose de la caza y pesca, como del hallazgo de cosa mueble

ajena, puesto que pueden adquirir la posesión de las cosas. Si un menor se encuentra un objeto, se cumplen las formalidades del artículo 615, si no parece el dueño, ¿dejará de adquirir su propiedad aun cuando en el momento del hallazgo no fuese acompañado de su tutor? ¿No hará suyas las piezas de caza ó la pesca que ocupe en una ú otra distracción ú oficio, á pesar de que en ella no intervenga su representante legal? Indudablemente que sí, y la práctica nos lo demuestra con frecuencia. Existe una disposición legal que confirma esto, como es el Real decreto de 10 de Agosto de 1876, sobre licencia de armas. Conforme al mismo, pueden obtener licencia de uso de armas de caza por sí y sin necesidad de asistencia del padre ó tutor, los mayores de veinte años (artículo 6.°), y la de pesca (art. 7.°) todos los españoles sin distinción. La ley de caza de 10 de Enero de 1879 corrobora asimismo lo expuesto al establecer en su art. 8.° que «el derecho de cazar corresponde á todo el que se halle provisto de las licencias de uso de escopeta y de caza.» Si, pues, el ejercicio de la caza exige sólo como requisito la obtención de la licencia, dedúcese que dicho ejercicio ha de producir efectos iguales respecto del menor de edad que del mayor, ó sea, hacer suyos los animales cazados, sin lo que el derecho de caza consignado por la ley especial sería ilusorio.

Ley Hipotecaria.—No directamente ésta, pero sí una resolución recaída sobre una cuestión derivada de ella, afirma la capacidad del marido menor de edad para constituir por sí, sin necesidad de autorización alguna ni intervención del curador, la correspondiente hipoteca en garantía de la dote de su esposa, punto en extremo importante.

El caso que motivó la resolución de la Dirección de los Registros fué el siguiente: se otorgó una escritura en la que, después de dar fe de la entrega de la dote estimada, el marido, menor de edad, sin obtener autorización judicial, hipotecó varias de sus fincas á la seguridad de los bienes muebles de la dote. El Registrador denegó la inscripción fundándose en que, siendo el marido menor de edad, no podía constituir la hipoteca sin previa autorización judicial; el Notario entabló el oportuno recurso, y la Dirección general de los Registros, en resolución de 3 *de Mayo de* 1878 (*Gaceta de* 10 *de Julio de id.*), declaró inscribible la escritura, estableciendo en sus considerandos los siguientes particulares:

«Que la disposición contenida en el art. 1.° de la Real orden de 28 de Agosto de 1876, en que se apoyó el Registrador para suspender la inscripción de la escritura autorizada por el Notario recurrente, es inaplicable al caso presente, porque dicho precepto se refiere á los actos de enajenación otorgados por los hijos no emancipados, y el consignado en la referida escritura aparece otorgado por hijos ya emancipados en virtud del matrimonio contraído.

Que tampoco es aplicable al expresado documento lo dispuesto en otras leyes de Partida y recopiladas, acerca de la necesidad en que se hallan los hijos ya emancipados de obtener autorización judicial para celebrar actos ó contratos de enajenación de bienes inmuebles, porque hallándose prohibido por la legislación común, según ha declarado el Tribunal Supremo, los contratos entre marido y mujer, fuera de los casos expresamente exceptuados, el otorgamiento de estos últimos sólo puede regirse por las disposiciones especiales que los autorizan.

Que el contrato celebrado en el caso presente por los esposos, en el cual el marido constituyó en hipoteca varias fincas á la seguridad de la dote aportada por su esposa en el mismo acto, pertenece á la clase de los exceptuados de aquella prohibición general por la moderna ley Hipotecaria al imponer al marido la necesidad de constituir aquella hipoteca si tuviere bienes, á menos que no fuere dispensado por su esposa.

Que la expresada ley atribuye suficiente capacidad al esposo menor de edad para otorgar por sí solo el contrato de hipoteca á favor de su esposa como consecuencia forzosa é ineludible del matrimonio contraído, en el mero hecho de no exigir ningún otro requisito para su otorgamiento, como exige el de la autorización judicial para que los cónyuges menores de edad puedan enajenar ó gravar en favor de un extraño los bienes dotales ó los hipotecados á la seguridad de los mismos.

Que el sentido de la ley Hipotecaria, de acuerdo en esta parte con los principios consignados en el proyecto de Código civil y con la práctica que de antiguo viene generalmente observándose, rechaza la previa autorización judicial para que los cónyuges menores de edad puedan otorgar los contratos de aportación dotal y constitución de hipoteca, cuyo sentido confirma el mismo texto de la ley al estimar suficiente la intervención de los padres

ó del curador de la mujer menor de edad para los actos importantes de reclamar la hipoteca legal y calificar la suficiencia de la ofrecida por el marido, así como al reservar la intervención judicial al caso en que no hubiese avenencia ó conformidad entre los esposos sobre la obligación de constituir dicha hipoteca y sobre la calidad y cuantía de los bienes ofrecidos.

Que no siendo necesaria ni exigiendo la ley Hipotecaria la autorización judicial para todos los actos relacionados con la aportación dotal por parte de la mujer menor de edad, tampoco debe exigirse para que el marido complete estos mismos actos legales, sobre todo si se tiene presente que éste último viene obligado á constituir el de hipoteca, y que ningún perjuicio puede sufrir aun en el caso de que constituyese en hipoteca bienes que excediesen en gran cantidad del valor de los bienes dotales asegurados, porque, según la doctrina de dicha ley, sólo quedarían gravados en cuanto al verdadero importe del crédito dotal, pudiendo disponer de la que sobrase después de cubierta dicha responsabilidad.»

La legislación hipotecaria concede al menor otra capacidad: la de ser mandatario. Así lo determina el párrafo 2.° del art. 11 del Reglamento, que declara que «se tendrá por mandatario para los efectos de presentar documentos en el Registro y solicitar la inscripción, cualquiera persona á quien el interesado confiera este cargo.»

Código de Comercio.—Contiene éste un precepto de carácter general, que afecta de una manera directa á la capacidad del menor con arreglo al Código civil. Es el del art. 4.°, que establece que «tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes: 1.ª Haber cumplido la edad de veintiún años.» Como se ve, el Código de Comercio consigna en este artículo una excepción al principio fundamental de la capacidad declarada por el civil.

La disposición del art. 4.° sirve de base para afirmar la capacidad del menor para otros actos comerciales. Así, el art. 94 dice que podrán ingresar en los colegios de agentes de Bolsa y corredores los que tengan capacidad para ejercer el comercio (es decir, que tengan veintiún años), y el 282 ordena lo mismo respecto del factor.

Ley de Enjuiciamiento criminal.—La comparecencia ante los

Tribunales encargados de los asuntos de índole criminal no requiere la intervención del representante legal del menor como en los de orden civil; éste puede comparecer. Aunque la ley procesal no contiene artículo que exprese esta doctrina de manera general, existen en ella algunos que la establecen en cada caso particular. Se encuentran entre éstos: el 118 al determinar que el procesado que no tuviere aptitud legal para verificar el nombramiento de letrado y procurador se le designará de oficio cuando *lo solicitare;* el 384 en su párrafo último, que establece igual precepto, concediendo autorización al menor de edad á fin de que designe personas de su confianza para su representación y defensa; el 409, que manifiesta que para recibir declaración al procesado menor de edad no habrá necesidad de nombrarle curador, y el 854. que establece el derecho de interponer recurso de casación al que haya sido parte en el juicio criminal.

La prohibición de la ley civil (art. 1.246 del Código) de ser testigos los menores de catorce años, no rige en la esfera procesal penal: pueden serlo tanto los púberes como los impúberes, según se desprende de los artículos 433 y 707 de la ley de Enjuiciamiento criminal (1).

Incapacitado.—Código civil.—Dentro de este concepto hemos de comprender las diversas personas que están sujetas á tutela, á más del menor no emancipado legalmente. Todas ellas sufren alguna restricción en su capacidad, y por tanto, se encuentran incapacitados, bien total, bien parcialmente.

Ocupan el primer lugar entre los incapacitados (físicamente incapaces) el loco, el demente y aun el imbécil. ¿Podrán éstos ejecutar algún acto por sí? Es indudable que no, por ser abso-

---

(1) Art. 433. Al presentarse á declarar los testigos, entregarán al Secretario la copia de la cédula de citación.

Los testigos púberes prestarán juramento de decir todo lo que supieren respecto á lo que les fuere preguntado.

El Juez instructor, antes de recibir al testigo púber el juramento y de interrogar al *impúber*, les instruirá de la obligación que tienen de ser veraces, y en su caso, de las penas con que el Código castiga el delito de falso testimonio en causa criminal.

Art. 707. Hallándose presente el testigo mayor de catorce años ante el Tribunal, el Presidente le recibirá juramento en la forma establecida en el art. 434.

luta su incapacidad. El Código nos lo demuestra. En el núm. 2.° del art. 83 prohibe celebrar matrimonio á los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraerlo; el número también 2.° del 663 declara incapacitado para testar al que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, y el 6.° del 631 para ser testigo al que no esté en su sano juicio; por último, el 1.263 le considera excluído de la contratación. Sólo en el caso de que el demente se halle en un intervalo lúcido, declarada la certeza de la lucidez por reconocimiento facultativo, podrá efectuar determinados actos, como dice, respecto del testamento, el art. 665.

Se encuentran en segundo lugar en la escala de la capacidad por causa física, los sordomudos. La incapacidad jurídica no es absoluta como la del loco y demente: tiene un carácter relativo dependiente de su estado físico. Consígnalo de este modo el artículo 218 al manifestar que «la declaración de incapacidad que se refiera á sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad de aquéllos.» Por esto mismo no es posible establecer reglas generales de la incapacidad del sordomudo, puesto que ésta será diversa en cada caso. El Código, sin embargo, establece algunas restricciones, que son las siguientes: la del núm 4.° del art. 681 prohibiendo ser testigo en el testamento al totalmente sordo ó mudo: la del 709 determinando las reglas bajo las que pueden otorgar testamento cerrado (1), y la del núm. 2.° del 1.263, según la que no pueden prestar consentimiento los sordomudos que no sepan escribir, ni ser testigos en causas cuyo conocimiento dependa del oído (art 1.246). Por

(1) Art. 709. Los sordomudos y los que no pueden hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado observándose lo siguiente:

1.° El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2.° Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él.

3.° A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707, en lo que sea aplicable al caso.

consiguiente, puede ejecutar por sí todo lo que nó le esté prohibido.

Los incapacitados, propiamente dichos, ó sea los incapaces por declaración de la ley, son, como sabemos, el pródigo y el interdicto. Respecto del primero, hay que hacer constar que su incapacidad reviste el mismo carácter que la del sordomudo, esto es, que es relativa, á tenor de lo declarado en el art. 221 de que «la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, y las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre.» El fallo, pues, de la sentencia será la ley á que habrá que atender en cada caso para saber la capacidad del pródigo de que se trate. Pero desde luego, como dice el art. 224, la incapacidad no podrá nunca afectar á la autoridad marital y paterna del pródigo, ni atribuir al tutor facultad alguna sobre su persona. En cuanto á estos particulares, el pródigo conservará siempre su capacidad.

La tutela del interdicto se limita, según el art. 229, á la administración de los bienes y á la representación en juicio del penado. El art. 43 del Código penal señala los efectos de la pena de interdicción, que son la pérdida de los derechos de patria potestad, tutela, participación en el consejo de familia, autoridad marital, administración de los bienes y disposición de los propios por actos entre vivos. No le será lícito realizar acto alguno referente á los diversos derechos mencionados; pero podrá ejecutar los no comprendidos entre ellos, como son el matrimonio (*Real orden de* 2 *de Septiembre de* 1871; *véase tomo II)*, ser testigo y la testamentifacción.

Ley de Enjuiciamiento criminal.— Esta ley establece la prohibición del incapacitado física ó moralmente para ser testigo (artículo 417, núm. 3.º). No así el sordomudo, que puede serlo (1).

Derecho vigente.—*Civil.*— El tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, excepto en los siguientes, que pueden ejecutar *por sí:*

---

(1) Art. 442. Si el testigo fuere sordomudo y supiere leer, se le harán por escrito las preguntas. Si supiere escribir, contestará por escrito. Y si no supiere ni lo uno ni lo otro, se nombrará un intérprete, por cuyo conducto se le harán las preguntas y se recibirán sus contestaciones.

Será nombrado intérprete un maestro titular de sordomudos

Menor.— 1.° Declaración del nacido en territorio de derecho común, de padres sujetos á la legislación foral, de que es su voluntad someterse al Código civil (art. 15, núm. 1.°). 2.° Declaración del hijo de extranjero, nacido en dominios españoles, de que quiere gozar de la calidad de español (art. 19). 3.° Celebración del matrimonio, una vez obtenido el consentimiento. 4.° Administrar, el marido mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés, los bienes de la sociedad conyugal y comparecer en juicio (art. 59). 5.° Comparecer la mujer en juicio criminal y demandar ó defenderse en los pleitos con su marido (art. 60). 6.° Otorgar testamento la mujer, ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto de los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto á los bienes de los mismos, aun sin licencia del marido (art. 63). 7.° Pedir la nulidad del matrimonio (art. 102). 8.° Disponer de los bienes que adquiera con su trabajo ó industria, siempre que viva, con consentimiento del padre, independiente de éste, disposición aplicable por analogía en el caso del tutor (artículo 160) 9.° Asistir al consejo de familia y ser oído en él, siempre que sea mayor de catorce años (art. 308). 10. Regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, salvo enajenar ó gravar bienes inmuebles, tomar dinero á préstamo ó comparecer en juicio, cuando sea emancipado ó habilitado de edad (artículos 317 y 324). 11. Adquirir la posesión de las cosas (artículo 443). 12. Otorgar testamento, cumplidos catorce años (artículo 663). 13. Reconocimiento de hijos ilegítimos (artículos 131 del Código y 47 de la ley de Registro civil). 14 Administrar la mujer casada, menor de edad, los bienes del matrimonio en los casos del art. 1.441 (artículo ídem). 15. Ser mandatario (artículo 1.716). 16. Ser testigo en los pleitos (art. 1.246, número 3.°) y en las causas (artículos 433 y 707 de la ley de Enjuiciamiento criminal). 17. Adquirir por ocupación (art. 8.° de la ley de caza y pesca de 10 de Enero de 1879, Real decreto de 10 de Agosto de 1876 sobre licencia de armas, y artículos 614 y 615 del Código). 18. Constitución por el marido menor, de hipoteca

---

si lo hubiere en el pueblo, y en su defecto cualquiera que supiere comunicarse con el testigo.

El nombrado prestará juramento á presencia del sordomudo antes de comenzar á desempeñar el cargo.

en garantía de la dote de su esposa (Resolución de la Dirección general de los Registros de 3 de Mayo de 1878). 19. Ser mandatario para los efectos de presentar documentos en el Registro de la Propiedad (art. 11 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria). 20. Ejercer el comercio, cumplidos veintiún años, y gozando de la libre disposición de sus bienes (art. 4.° del Código de Comercio). 21. Ser agentes de Bolsa, corredores de comercio y factores (artículos 94 y 282 del mismo Código, en relación con el 4.°). 22. Comparecer ante los Tribunales de lo criminal (artículos 118, 384, 409 y 854 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

Incapacitado ó loco.—Otorgar testamento, hallándose en un intervalo lúcido y previo reconocimiento pericial afirmativo de su capacidad (art. 665 del Código).

Sordomudo.—Tiene capacidad para ejercitar todos los actos de la vida civil, menos los determinados expresamente en la declaración de incapacidad (art. 218) y los siguientes: ser testigo en el testamento (art. 681, núm. 4.°), serlo también en los pleitos, en las cosas cuyo conocimiento dependa del oído (art. 1.246, número 2.°), prestar consentimiento en los contratos, cuando no sepan escribir (art. 1.263, núm. 2.°), ser testigo en las causas (artículo 442 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

Pródigo.—Podrá ejercitar todos los actos que no le estén prohibidos en la sentencia (art. 221) y todos los referentes á la autoridad marital y paterna de que no le priva la declaración de prodigalidad (art. 224).

Interdicto.—Puede celebrar matrimonio *in articulo mortis* (Real orden de 2 de Septiembre de 1871) y otorgar testamento.

ART. 263. Los menores ó incapacitados sujetos á tutela deben respeto y obediencia al tutor. Éste podrá corregirlos moderadamente.

Concordancias.—Análogo al art. 219 del proyecto de Código de 1851 é igual al 228 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Código penal.*—Art. 603. Serán

castigados con la pena de cinco á quince días de arresto y reprensión:

8.° Los pupilos que cometieren igual falta hacia sus tutores (que les faltasen al respeto y sumisión debidos).

COMENTARIO.—No lo exige la doctrina del artículo, cuya claridad es evidente. Requiere, sí, expresar el defecto de que adolece de declarar sujetos al respeto y obediencia al tutor á los incapacitados, sin hacer distinción entre ellos, cuando algunos (el demente y el imbécil) carecen de razón y no puede conservarle sujeto al cumplimiento de ninguna obligación. La incapacidad absoluta, como es la del loco, lleva consigo la exención de toda clase de deberes, porque quien la sufre carece de inteligencia para comprender y desenvolver de una manera consciente y reflexiva la relación jurídica que supone toda obligación. Por eso es impropio hablar de esto último tratándose de un concepto genérico (incapaz), dentro del que se halla comprendido el particular del loco; y por eso el Código de Guatemala y Méjico, comprendiendo sin duda la certeza de lo expuesto, y salvando con acierto el inconveniente indicado, hacen extensiva sólo al menor (artículos 362 y 595 respectivamente) la obligación de respetar al tutor, sin mencionar al incapaz. Lo mismo hacía el proyecto de 1851, cuyo artículo 219, en su párrafo primero, se hallaba concebido en estos términos: «El menor debe obediencia y respeto al tutor, y éste podrá corregirle moderadamente.»

En todo caso, para no limitar el precepto al menor y evitar el defecto que censuramos, podía haberse redactado el artículo en esta forma: «El menor, el sordomudo, el pródigo y el interdicto deben respeto y obediencia al tutor; éste podrá corregirlos moderadamente.»

ART. 264. El tutor está obligado:

1.° A alimentar y educar al menor ó incapacitado con arreglo á su condición y con estricta sujeción á las disposiciones de sus padres, ó á las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el consejo de familia.

2.° A procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente ó sordomudo, que éstos adquieran ó recobren su capacidad.

3.° A hacer inventario de los bienes á que se extienda la tutela dentro del término que al efecto le señale el consejo de familia.

4.° A administrar el caudal de los menores ó incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia.

5.° A solicitar oportunamente la autorización del consejo de familia para todo lo que no pueda realizar sin ella.

6.° A procurar la intervención del protutor en todos los casos en que la ley la declara necesaria.

Concordancias.—Análogo á los artículos 220 al 222, 224, 227 y siguientes del proyecto de Código de 1851, é igual al 229 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—**Número 1.°**—*Part.* 6.ª, *título XVI*, *ley* 16.—Trabajarse deue el guardador, de fazer al moço que touiere en guarda, que aprenda buenas maneras, e de si, deuele fazer aprender leer, e escreuir; e despues desto, deuele poner, que aprenda, e vse aquel menester, que mas le conuiniere, segun su natura, e la riqueza, e el poder, que ouiere. E deue guardarlo, e pensar del dandole de comer, e de vestir, e de las otras cosas que menester le fueren, segun entendiere que lo deue fazer; catando todavia que lo faga segund los bienes que rescibio del.

Part. id., *tit. id.*, *ley* 20.—Gouernados deuen ser los huerfanos de sus bienes, en esta manera. Ca deue el Juez del lugar establescer, segund su aluedrio, e la riqueza del moço, cierta quantia de pan, e de vino, e de dinero; que les den cada año para su gouierno, e para su vestir del, e de su compaña; catando todavia, que de la renta, e de los esquilmos de los bienes del huerfano, salgan estas despensas, e que todo lo al le finque en saluo, si se pudiere fazer. Pero si el guardador entendiesse, que seria daño

del moço en descobrir la riqueza o la pobreza del, e por esta razon le gouernasse de lo suyo, espendiendo por el tanto, quanto fuesse guisado o poco mas, por esta razon; estonce dezimos que lo puede fazer, e deuele despues el moço, quando fuere de edad, pagar todo lo que desta manera ouiesse despendido por el.

Número 2.°—*Sin precedentes expresos.*

Número 3.°—*Fuero Juzgo, libro cuarto, tit. III, ley* 3.ª—E si la madre oviere la guarda de los fios, o quienquier otri, *faga escripto* las de todas cosas que dexó su padre á los huérfanos ante tres testimonios, ó cinco presentes sus parientes, é delantre aquellos testimonios que son en el *escripto*, sea dado el *escripto* al obispo, ó á algun sacerdote á quien mandaren los parientes que lo den á los ninnos depues que fueren de edad complida...

Fuero Real, libro tercero, tit. VII, ley 2.ª—Si algunos huerfanos que sean sin edad fincaren sin padre ó sin madre, los parientes mas propinquos que hayan edad é sean para ello, resciban á ellos, é á todos sus bienes, delante el Alcalde, delante homes buenos, por *escripto* é guardenlos fasta que los huerfanos vengan á edad, é si no hobieren parientes que sean para ello, el Alcalde, delos à guardar con todos sus bienes á algun home bueno, é tengalos asi como es sobredicho; é quinquier que los tenga mantenganlos de los frutos, é tome para si el diezmo de los frutos, por razon de su trabajo: é quando vinieren á edad, dexeles todo lo suyo ante el Alcalde, por el *escripto* con que los rescibió...

Part. 3.ª, *tit. XVIII, ley* 99.—*Inuentario* llaman la carta en que deue el guardador fazer escreuir todos los bienes del huérfano, e tal escripto hase de fazer assi: Sepan quantos esta carta vieren como García Aluarez, guardador de Ruy Ferrandez, huérfano, fijo que fué de Pero Ruyz assi como parece por la carta fecha por mano de tal escriuano público, que mandó e fizo escreuir este inuentario de los bienes que falló en poder del huérfano sobredicho, luego que fué dado por su guardador. E primeramente dixo e otorgó el guardador sobredicho que falló tantas cosas muebles en los bienes del huérfano, e tantos heredamientos de pan, e tantas viñas, e tantos oliuares, e tantas casas, diciendo señaladamente quantas son e en que lugares. E otrosi que fallara que auia de recibir de fulano tantos marauedis e de fulano tantos; de los quales tenia cartas fechas por mano de fulano escriuano público: e todas estas cosas e cada vna dellas otorgó que falló

al huérfano sobredicho, e que las tiene en su poder e en su guarda, e mandó á mí Fulano Escriuano publico ante los testigos que son aquí escriptos que fiziesse ende carta publica, porque non pudiesse nacer dubda sobre los bienes del huérfano.—*Partida id., título id., ley* 120. El guardador que recibiesse en guarda bienes de algun huérfano e fiziesse fazer *escritura pública* los quantos eran cuando los recibió, (la cual escritura es llamada en latin *inuentario*), si despues á la sazon que diesse la cuenta el huérfano de sus bienes, dixesse contra aquella carta; queriendo prouar que fueran y escritas algunas cosas de mas que él non recibiera, e que consentiera él á sabiendas que las escriuiessen y por fazer muestra quel huérfano era más rico, porque podiesse mejor casar ó por otra razon semejante, mandamos que tal contradecimiento non sea cabido nin vala, maguer quisiese prouar lo que dize ca non deue ome sospechar que el fiziesse escritura sobre sí de cosas que non ouiesse recebido.

Partida 6.ª, *tít. XVI, ley* 15.—Aliñar, e endereçar los bienes de los huerfanos que ouieren en guarda deuen los guardadores en esta manera. Ca luego ante que otra cosa fagan, deuen *fazer escrito de todos los bienes*, de los moços, con otorgamiento del Juez del logar; e sea fecho por mano de alguno de los Escriuanos publicos. E a este escrito atal llaman en latin, *Inventarium*. E en tal escritura como esta deuen ser trasladados todos los preuillejos e las cartas de las heredades de los moços. E si el guardador non fiziere tal escrito como este, puedele toller el Juez del logar la guarda de los huerfanos, e de sus bienes, como a ome sospechoso. Pero si el guardador mostrasse razon derecha por que non pudo fazer el inuentario, non le deuen desapoderar de los huerfanos, nin de sus bienes. Mas deuenle mandar, que faga luego el inuentario sin alongamiento ninguno. E despues que este ouiere fecho deuen los Guardadores endereçar las casas del huerfano, que no cayan, e fazer labrar las heredades, é criar los ganados que fallaren en los bienes del finado. E esto deuen fazer á buena fe é lealmente.

Ley de E. civil.—Art. 1.870. Hecho el discernimiento, se hará entrega del caudal del menor ó incapacitado al tutor ó curador, por *inventario*, que se unirá al expediente, si ya no obrare en él, á cuyo pie constará el recibo del expresado tutor ó curador.

Número 4.°—*Part.* 6.ª, *tít. XVI, ley* 15 (*véase núm.* 3.°).

Números 5.° y 6.°—*Sin precedentes expresos.*

COMENTARIO.—El Código ha reunido en un artículo las diversas obligaciones que impone al tutor el ejercicio de su cargo, señalando como tal en primer término la de alimentos; en el cumplimiento de esta obligación, el tutor ha de atenerse á lo que se haya dispuesto sobre el particular en el testamento, y en defecto de esto, á lo que acordare el consejo de familia. El artículo habla sólo del caso de los padres, pero entendemos que regirá igual precepto cuando, en virtud de la facultad establecida en el artículo 207, una persona distinta de aquellos que deje al menor ó incapacitado herencia ó legado de importancia les nombre tutor. Si dicha persona consigna en su testamento alguna disposición sobre alimentos ó educación del huérfano ó incapacitado nombrado heredero ó legatario, no encontramos razón alguna para que no se cumpla la voluntad del testador, ley suprema en todo lo que no se oponga al derecho. Cuando en el testamento, ya de los padres, ya de otra persona, no se disponga nada sobre los alimentos, el consejo de familia acordará lo conveniente en la forma que determina el art. 268.

La alimentación del sujeto á tutela puede tener lugar de dos diversos modos, bien en concepto de frutos por alimentos, bien señalando una porción de las rentas con tal objeto. En este último caso, si disminuye el capital del menor ó incapacitado, es indudable que, en atención á la proporcionalidad que debe existir siempre entre el caudal del que se suministren los alimentos y la cuantía de éstos, deberá disminuir también la pensión. Queremos decir con esto que aunque el artículo consigna en su núm. 1.º que los alimentos han de prestarse con *estricta sujeción* á las disposiciones de los padres ó del consejo de familia, este precepto no es ni puede ser tan absoluto como parece, hallándose subordinado al de la proporcionalidad ya indicado, verdadera causa insuperable que exime del incumplimiento de la voluntad del testador.

La obligación que en segundo lugar declara el artículo propia del tutor, es la de procurar que el incapacitado (loco, demente ó sordomudo) recobre su capacidad. Esta obligación está comprendida en realidad en el anterior, dado el concepto del art. 142, conforme al cual se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y *asistencia médica*, según la posición social de la familia. Sin embargo, el legislador ha creído oportuno distinguir entre ambas obligaciones, en aten-

ción á que en los alimentos de que habla el art. 142, la asistencia médica ha de tener casi siempre un carácter temporal y secundario, en tanto que tratándose del incapacitado lo puede tener permanente y principal. El Código adopta un temperamento en extremo expansivo en cuanto á la parte económica del cumplimiento de la obligación de que nos ocupamos. Dice con gran acierto que se ha de intentar obtener la curación del incapacitado «por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente ó sordomudo.» Son palabras que honran á su autor; tratándose de un incapaz, de un desgraciado como el loco y el demente, es poco todo cuanto se haga para conseguir su curación, que es, no sólo una obra de misericordia, sino también un deber de humanidad de los más altos y sagrados. Creemos que por esto mismo no podrá exigirse responsabilidad alguna al tutor del incapaz que gastase toda la fortuna de éste en procurar que recobrase la razón, y entendemos que lo autoriza la letra del artículo y la intención del legislador al redactarlo.

La obligación comprendida en el núm. 3.º del artículo concierne, no á la persona del menor ó incapacitado, sino á sus bienes. Consiste en hacer el inventario de los bienes de la tutela dentro del término que señale al efecto el consejo de familia. La manera de hacer el inventario se determina en el artículo siguiente al que nos referimos. El Código no señala el tiempo dentro del que ha de quedar terminado el inventario: lo deja al arbitrio del consejo de familia para que éste en cada caso fije el que estime necesario. Bajo este punto de vista, el precepto es oportuno, puesto que de señalar un plazo pudiera ser excesivo en un caso y corto en otro, é imposibilitar en alguno el cumplimiento de aquél.

Dice el artículo «de los bienes á que se extienda la tutela,» y es que, en nuestro sentir, la tutela no tiene siempre igual extensión. Así, por ejemplo, en el caso de un tutor para un hijo emancipado ó habilitado de edad, como quiera que la intervención del tutor se limita, respecto de los bienes, á los inmuebles, pues los demás puede administrarlos libremente, el inventario debe sólo comprender los de tal naturaleza. No habría para qué incluir en el inventario los bienes de que puede disponer el menor con facultades absolutas.

El tutor está obligado á administrar el caudal del menor ó in-

capacitado con la diligencia de un buen padre de familia. Así lo establece el inciso 4.° del artículo. El fundamento de esta disposición lo indica la causa de la tutela y la naturaleza del cargo de tutor. Si la tutela es originada, ya por la orfandad del menor, ya por la incapacidad física del loco ó demente, ó la legal del pródigo y del interdicto; si el tutor es la persona que suple la personalidad del padre ó madre de éstos (en el caso del menor), lógico es que la ley exija que se conduzca como es de presumir se conduciría aquél cuyo lugar ocupa (en el caso del huérfano) ó como la persona que puede presentarse como prototipo de la fidelidad y desinterés en la buena gestión de la administración de bienes.

Solicitar la autorización del consejo de familia para todos los actos que no pueda realizar sin ella es la obligación impuesta al tutor en el núm. 5.° del artículo. Dichos actos son los comprendidos en el art. 269, que estudiaremos oportunamente.

El deber que en último lugar establece el artículo es procurar la intervención del protutor en todos los casos en que sea necesaria con arreglo á la ley. No contiene el Código artículo que determine expresamente cuáles son estos casos; de aquí que tengamos que acudir el examen de aquel que pueda guardar relación con el punto que tratamos. El primero que se ofrece á nuestra consideración es el 236, relativo á las obligaciones del protutor. Conforme á éste, el protutor está obligado á intervenir en el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza. El art. 236 considera esto un deber del protutor, pero indudablemente que lo es también del tutor procurar que aquél intervenga para determinar si está bien ó mal hecho el inventario y si estima ó no suficiente la fianza.

El párrafo último del citado artículo ofrece otro de los casos en que el tutor debe pedir la intervención del protutor, al decir que éste puede asistir á las deliberaciones del consejo de familia. Si tiene este derecho, que según el art. 380 constituye también un deber, inútil es decir que el tutor debe procurar y exigir que el protutor asista á las reuniones del consejo.

Bajo el núm. 5 del mismo art. 236 se encuentran algunos casos en que el tutor tiene que pedir la intervención del protutor, que son los mencionados en los artículos 279 y 280 (*véase tomo IV, artículo* 236, *comentario*), á saber: el examen de las cuentas anuales de la tutela y el de la cuenta general del tutor que sea reempla-

zado por otro. Los artículos 279 y 280 exigen que dichas cuentas sean examinadas por el protutor, y el tutor debe solicitar dicho examen.

El 275 presenta también dos actos, para los que es necesaria la intervención del tutor, á saber: cobro de deudas superiores á 5.000 pesetas (núm. 2.°, art. íd.) y hacerse pago de los créditos que le correspondan (núm. 3.°, ídem).

¿Son las obligaciones establecidas en el artículo que comentamos las únicas del tutor? No. Existen otras de carácter general, enumeradas en diversos artículos del Código, que daremos á conocer.

La primera es la inscripción de su nombramiento en el Registro de tutelas. El Código la estima tan importante, que prohibe al tutor (art. 205) entrar en el desempeño de su cargo en tanto que no la cumpla.

Otra obligación no menos importantísima es la de solicitar la designación de protutor antes de comenzar el ejercicio de la tutela. El art. 234 dice á este efecto que «el que dejare de reclamar el nombramiento será removido de la tutela y responderá de los daños que sufra el menor.»

El art. 252 presenta otra, inherente al ejercicio del cargo: la de prestar fianza, sin cuya prestación no podrá tampoco entrar en posesión del mismo.

Aunque con carácter especial y establecida con un fin puramente económico, puede consignarse como obligación la que marca el art. 273 de responder de los intereses legales del capital del menor cuando por su omisión ó negligencia quedare improductivo ó sin empleo.

La rendición de cuentas, ya anual (art. 279), ya general, por el tutor que sea reemplazado por otro (art. 280), ya total al terminar la tutela (art. 281), es una obligación del tutor propia de todo cargo que lleva consigo la administración de intereses ajenos. Es otra asimismo del tutor nombrado exigir la rendición general de cuentas al tutor á quien reemplaza. Con carácter más indirecto, puede considerarse como obligación del tutor (testamentario) el poner en conocimiento del Juzgado municipal el hecho que da lugar á la formación de la tutela, incurriendo si no lo hiciere, según el art. 293, en la responsabilidad de los daños y perjuicios que se ocasionaren al huérfano ó incapacitado.

Deber del tutor es, conforme al art. 308, asistir á las reuniones del consejo de familia cuando fuere citado.

Constituye también obligación del tutor de la mujer menor de edad, según el párrafo 3.° del art. 1.352, exigir del marido, en defecto del padre, madre ó persona que hubiere dado la dote ó bienes que se deban garantizar, la inscripción ó hipoteca de los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada ú otros equivalentes á su estimación, y el aseguramiento con hipoteca especial de todos los demás bienes que como dote estimada se entreguen al marido. Es el precepto equivalente al del párrafo 3.° del art. 182 de la ley Hipotecaria.

De esta misma ley se derivan las obligaciones propias del tutor en relación con el art. 163 del Código, respecto de la hipoteca para la seguridad de los bienes de los hijos en que los padres tengan el usufructo y la administración. Es la obligación aludida la de pedir la constitución de la indicada hipoteca, por razón de los bienes reservables ó los del peculio en la forma que establece la ley Hipotecaria, obligación consignada respectivamente en los artículos 195 y 206 de la misma.

Por último, el párrafo 3.° del art. 1.903 del Código declara obligado al tutor á responder de los perjuicios causados por los menores ó incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. Además, la tutela lleva como aneja la obligación de responder del resultado de la gestión de la misma.

El Código habla en el artículo que estudiamos de las obligaciones del tutor; pero no forma parte de él artículo ninguno que condense sus derechos, como hace en el presente respecto de las obligaciones. Por esta causa nos creemos obligados á exponerlos, con objeto de facilitar su conocimiento.

Es el principal la representación del menor ó incapacitado en todos los actos civiles, como declara el art. 262. Es un derecho característico del tutor, como que constituye la esencia de la tutela. Consecuencia indeclinable de ésta es la de administrar el caudal del menor ó incapacitado, precepto del núm. 4.° del artículo 264. (Este es el derecho, y la obligación, la de administrar con la diligencia de un buen padre de familia). Como derechos del tutor pueden también señalarse los siguientes: asistir á la sesión del consejo de familia, cuando éste se reúna á su instancia (artículo 308); ser citado y oído por dicho consejo, cuando se tra-

tare de su incapacidad ó remoción (art. 239); percibir una retribución de los bienes del menor ó incapacitado (art. 276), y exigir á éstos á la conclusión de la tutela el saldo que resultare á su favor de la rendición de cuentas generales, así como el interés legal correspondiente (art. 286).

Derechos del tutor durante el ejercicio de la tutela.—1.°, representar al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo los que por disposición de la ley pueda ejecutar por sí; 2.°, administrar el caudal de los mismos; 3.°, percibir una retribución de los bienes del menor ó incapacitado; 4.°, ser citado y oído por el consejo de familia cuando se tratare de su incapacidad ó remoción; 5.°, exigir á la conclusión de la tutela el saldo que resultare á su favor de las cuentas de la misma y el interés legal de demora.

Obligaciones.—1.ª, inscribir su nombramiento en el Registro de tutelas; 2.ª, pedir el nombramiento de protutor; 3.ª, prestar fianza en el caso que corresponda; 4.ª, alimentar y educar al menor ó incapacitado; 5.ª, procurar que el incapaz recobre su capacidad; 6.ª, inventariar los bienes del sujeto á tutela; 7.ª, administrar su caudal con la diligencia de un buen padre de familia; 8.ª, rendir cuentas anuales de su gestión; 9.ª, exigir rendición general de cuentas al tutor á quien reemplace; 10, responder de los intereses del capital que quedare improductivo; 11, pedir la constitución de la hipoteca á favor de los hijos por los bienes en que los padres tengan la administración; 12, responder de los perjuicios que cause al menor ó incapacitado que viva en su compañía; 13, solicitar la autorización del consejo de familia en los casos del art. 269 y 4.° del 275; 14, procurar la intervención del protutor en todos los casos que sea necesaria; 15, asistir á la reunión del consejo de familia cuando sea citado; 16, dar cuenta de su gestión al ser reemplazado por otro; 17, rendir cuenta general de su administración al acabarse la tutela; 18, responder del saldo que resulte en su contra de las cuentas de la tutela y del interés legal correspondiente.

ART. 265. El inventario se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia. Éste decidirá, según la im-

portancia del caudal, si deberá además autorizar el acto algún Notario.

Concordancias.—Análogo al art. 224 del proyecto de Código de 1851, é igual al 230 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 3.ª, *tít. XVIII, ley* 99. (*Véanse los del artículo anterior.*)

Part. 6.ª, *tít. XVI, ley* 15. (*Precedentes legales del artículo anterior.*)

ART. 266. Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles ó industriales, que á juicio del consejo de familia no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento destinado á este fin.

Los demás muebles y los semovientes, si no estuvieren tasados, se apreciarán por peritos que designe el consejo de familia.

Concordancias.—Igual al art. 231 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 267. El tutor que, requerido al efecto por Notario, por el protutor ó por los testigos, no inscribiese en el inventario los créditos que tenga contra el menor, se entenderá que los renuncia.

Concordancias.—Análogo al art. 225 del proyecto de Código de 1851, é igual al 232 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 265, 266 Y 267.—Guardan entre sí estos tres artículos estrecha relación, como quiera que su doctrina tiene por objeto garantir y asegurar los bienes del menor ó incapacitado, ya haciendo constar cuáles son éstos en el oportuno inventario, ya depositando los de determinada clase en los establecimientos destinados á este fin.

La formación del inventario es un requisito que preceptuaba también el derecho patrio derogado, pero con mayor solemnidad que en el vigente. En éste puede hacerse con carácter privado, con la intervención del protutor y *dos* testigos, á no ser que por la importancia del caudal acuerde el consejo de familia que lo autorice un Notario; en aquél, el Fuero Juzgo (ley 3.ª, tít. III, libro IV) disponía que se hiciese ante *tres* ó *cinco* testigos, presentes además los parientes, y haciendo entrega del inventario al Obispo ó algún sacerdote, y las Partidas (leyes 99, 100 y 120 del tít. XVIII de la Part. 3.ª) hablan de escritura pública y requieren tres hombres buenos. Nos parece más acertado el criterio del Código, encaminado á evitar gastos al menor ó incapacitado, no exigiendo la intervención del Notario sino en el caso de que la cuantía del caudal de aquél así lo requiera, en opinión del tribunal competente para resolver y decidir las cuestiones que surjan en la esfera de la tutela, ó sea el consejo de familia. Además, la intervención del protutor y de dos testigos supone garantía suficiente para los intereses del menor. Creemos, sin embargo, que el Código no debiera haber dejado al arbitrio del consejo de familia la formalización del inventario de uno ó de otro modo, sino señalar una cantidad, pasada la cual precisaría hacerlo con intervención del Notario, á semejanza de lo establecido en el art. 1.810 del Código respecto de la transacción, que obliga al padre ó la madre á obtener autorización judicial cuando el valor de lo que haya de ser objeto de la transacción exceda de 2.000 pesetas.

No determina el Código los requisitos que han de observarse en el inventario, esto es, orden en que han de inscribirse los bienes, si se han de describir ó no los inmuebles, etc., debiendo acudir, en su defecto, y por analogía, á lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 1.066 y 1.067 (1).

---

(1) Art. 1.066. Citados todos los que menciona el artículo anterior, en el día y hora señalados, procederá el actuario, con los

Exige el artículo que estudiamos la asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia, y aunque parece por estas palabras que dicho consejo ha de gozar de una ilimitada libertad en cuanto al extremo de la elección, no resulta así, puesto que tiene que ajustarse á los preceptos legales sobre el particular.

Es el primero el art. 1.246 del Código civil, que establece que son inhábiles para testigos por incapacidad natural los locos ó dementes, los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento dependa de la vista y del oído, y los menores de catorce años. El art. 1.247 del mismo enumera á varias personas como inhábiles por disposición de la ley, pero este contenido no tiene aplicación al caso concreto que examinamos. No se trata, como en el art. 1.246, de una incapacidad absoluta, inherente al individuo, que lleva siempre sobre sí, y que le acompaña á todos los actos de su vida: se trata de una incapacidad relativa, que la ley establece sólo para determinados actos, no porque en realidad la persona carezca de suficiencia, sino por temor de que, teniendo interés en un pleito (que es el extremo único para el que proclama el Código la inhabilitación), se dejen llevar en su testimonio por ese mismo interés con perjuicio y quebranto de la verdad. Deducimos, pues, de esto que se encuentran únicamente incapacitados para ser testigos de la formación del inventario á que se refiere el art. 265, los locos, sordomudos y menores de catorce años, no las personas que cita el 1.247, cuya inhabilitación atañe en exclusiva para el caso de un pleito.

---

que concurran, á formar el inventario, el cual contendrá la *descripción de los bienes de la herencia* por el orden siguiente:

1.° Metálico.
2.° Efectos públicos.
3.° Alhajas.
4.° Semovientes (el Código no admite esta clase especial de bienes; divide á éstos en muebles é inmuebles).
5.° Frutos.
6.° Muebles.
7.° Inmuebles.
8.° Derechos y acciones.

Todo se expresará en las diligencias que se extiendan con la claridad y precisión convenientes.

Art. 1.067. Se formará, además, con igual precisión, inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren.

Pero el inventario puede autorizarse por Notario cuando el consejo de familia lo acuerde atendida la importancia del caudal del sujeto á tutela, y en este caso surgen otras incapacidades para ser testigos. Son éstas las establecidas en la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, en sus artículos 21 y 27, y en el 67 del Reglamento de 9 de Noviembre de 1874, que dicen así:

«Art. 21. No podrán ser testigos en los instrumentos públicos los parientes, escribientes ó criados del Notario autorizante. Tampoco podrán serlo los parientes de las personas interesadas en los instrumentos ni los del Notario, unos y otros dentro del cuarto grado de consanguinidad (primos y hermanos) (1) ó segundo de afinidad.»

«Art. 27. Serán nulos los instrumentos públicos:

2.° En los que sean testigos los parientes de las partes en ellos interesadas, en el grado de que queda hecho mérito, ó los parientes, escribientes ó criados del mismo Notario »

«Art. 67 del Reglamento. Los impedimentos de que trata el artículo 21 de la ley no se refieren á los testigos de conocimiento cuando concurran solamente como tales.»

No se contenta el Código con que los bienes del menor ó incapacitado consten inscritos en el inventario; dispone el párrafo 1.° del art. 266 que, existiendo algunos de fácil enajenación, como alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles ó industriales, se depositen en establecimientos destinados á ese fin, si así lo estima el consejo de familia.

El párrafo 2.° del citado artículo se hace acreedor á una enérgica censura por el inexcusable descuido que se observa en su redacción. Habla de muebles y *semovientes* como bienes de distinta naturaleza, cuando éstos no existen, cuando nuestro Código, abandonando la tradición jurídica y siguiendo á casi todos los extranjeros, admite sólo (art. 333) la división de las cosas en muebles ó inmuebles, ignorándose, por tanto, lo que significa legalmente la palabra semoviente. Se trata, pues, de un *lapsus*, tanto menos disculpable cuanto que afecta, no á un detalle, sino á un punto esencial como es la clasificación de los bienes. La tasación se practicará de la forma expuesta en el afianzamiento.

Confirma el art 267 una doctrina aceptada por los Códigos

(1) *Computación civil* (véase tomo II, comentario del art. 84).

extranjeros: la de que el tutor pierde los créditos que tenga contra el menor si no los incluye en el inventario. Declara al efecto que si requerido el tutor por el Notario, por el protutor ó los testigos, no inscribiese en el inventario dichos créditos, se entenderá que los renuncia. Es decir, que no basta, en nuestro entender, la mera circunstancia de no incluirlos en el inventario, como ordena el Código mejicano al expresar en su art. 606 que «el tutor está obligado á inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el menor, perdiéndolo al no hacerlo así,» sino que precisa que el tutor sea requerido. De modo que con sujeción á las palabras del artículo, aunque el inventario esté concluído y el tutor no haya inscrito sus créditos, no perderá éste si no consta haberse hecho el debido requerimiento.

Nosotros estamos conformes con el precepto del Código mejicano, que encontramos más razonable, y de acuerdo con el fundamento de la renuncia, en atención á que siendo el inventario la relación de los bienes y deudas del menor, hallándose precisamente encargado de hacerlo el tutor, al no incluir éste los créditos en él, conociendo su existencia, hay que presumir que no ha querido incluirlos, esto es, que los ha renunciado. Pero una vez admitida la formalidad del requerimiento, se impone aceptar la opinión antes expuesta de que precisa que éste se haya realizado, no bastando la mera omisión del tutor, puesto que en algunos casos el Notario, el protutor y los testigos no conocerán el contenido del inventario hasta que el mismo tutor se lo presente terminado para su examen.

Nos agrada aún más la doctrina del Código mejicano respecto de este particular é insistimos de nuevo en él, porque se acomoda mejor á la realidad de los hechos que la del nuestro. En aquél se deja al mismo interesado el cuidado de inscribirlos ó no, porque es quien puede saber si existen ó no dichos créditos; en tanto que el español supone, ó parece suponer, que las personas designadas para efectuar el requerimiento han de conocer ya la existencia de uno ó varios créditos á favor del tutor, circunstancia que muy bien pueden ignorar y que en puridad no les incumbe averiguar á ellos. Este inconveniente, no obstante, puede salvarse en la práctica verificando el requerimiento de un modo general, esto es, preguntando al tutor para que manifieste si tiene algún crédito contra el menor ó incapacitado, ya requirién-

dole para que lo incluya en el inventario (si no está terminado, al presentarle concluído, si lo está en el plazo que se le señale), bajo el apercibimiento de que de no hacerlo así se entenderá que lo renuncia.

El artículo concede la facultad de efectuar el requerimiento al Notario, al protutor y á los testigos, sin establecer prelación entre ellos, y, la verdad, esto nos parece poco acertado. Creemos que debiera de haber establecido la siguiente distinción: si el inventario se hacía bajo la dirección del Notario, nadie más que éste llamado á verificar el requerimiento; si se hacía con la exclusiva intervención del protutor, éste, y sólo éste. Nunca en un caso ú otro los testigos, cuyo carácter en todo acto es pasivo, en el sentido de que se limitan á dar fe de la existencia del mismo, pero sin intervenir de la manera activa que supone el requerimiento. Así se evitaría el caso probable (no es imposible al menos) de que una persona pueda ser requerida para el mismo acto por tres diversas personas.

Una última consideración, de no escasa importancia, vamos á consignar sobre el extremo de la renuncia. Al hablar de ella lo hace el Código en términos generales y absolutos, esto es, que el mero hecho de no inscribir el tutor los créditos en el inventario, basta para considerarlos renunciados, y por consiguiente, extinguidos, pero conviene no olvidar el precepto fundamental en materia de renuncia del art. 4.° del Código. Admite este artículo la renuncia de derechos, pero es siempre que no perjudique al interés ó al orden público, ó á *tercero*. Dedúcese de aquí—á lo menos esta es nuestra opinión,—que cuando el tutor posea uno ó varios créditos contra el menor ó incapacitado y los renuncie, teniendo acreedores, esta renuncia habrá que estimarla como no válida, á tenor del citado art. 4.°, y los acreedores podrán pedir su nulidad.

ART. 268. Cuando acerca de la pensión alimenticia del menor ó incapacitado nada hubiese resuelto el testamento de la persona por quien se hizo el nombramiento de tutor, el consejo de familia, en vista del in-

ventario, decidirá la parte de rentas ó productos que deba invertirse en aquella atención.

Esta resolución puede modificarse á medida que aumente ó disminuya el patrimonio de los menores ó incapaces, ó cambie la situación de éstos.

Concordancias.—Análogo al art. 221 del proyecto de Código de 1851, é igual al 233 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de E. civil.*—Art. 1.861. Hecho el nombramiento de tutor ó curador para bienes ó ejemplar, si fuere conocido el caudal del menor ó incapacitado, dictará el Juez providencia, mandando que se oiga al tutor ó curador nombrado y al Promotor fiscal, acerca de si se ha de entender el desempeño del cargo frutos por alimentos ó de señalarse para éstos una cantidad determinada.

Si el caudal del menor ó incapacitado no fuere conocido, bastará para los efectos de este artículo que el tutor ó curador nombrado presente un inventario simple del caudal del menor, formado con citación del Promotor fiscal y asistencia de dos de los parientes más próximos de dicho menor, uno por cada línea, y si no los hubiere, de dos vecinos de arraigo designados por el Juez.

Art. 1.862. En vista de lo que expongan dicho curador y el Promotor, dictará el Juez el auto que corresponda, fijando la cantidad en que ha de consistir la pensión alimenticia, si opta por este medio, y determinando además en este caso el tanto por ciento que haya de abonarse al tutor ó curador por el desempeño de su cargo.

COMENTARIO.—El párrafo primero del artículo es una ampliación, ó aún mejor, una confirmación de la doctrina del número 1.º del 264. En ambos se dice que si no existe precepto ninguno en el testamento del que hubiese nombrado el tutor, respecto de los alimentos del menor ó incapacitado, el consejo de familia decidirá sobre este extremo.

Sabido es que la alimentación del sujeto á tutela puede verificarse de dos modos: en concepto de frutos por alimentos, es decir,

considerando dedicado el producto total de los bienes del menc ó del incapaz á ese objeto, ó señalando una cantidad determinad Con este motivo se pregunta: cuando por no haberse determinad nada respecto de los alimentos en el testamento, sea el conse de familia el llamado á decidir sobre este particular, ¿podrá aco dar cualquiera de los modos antes enunciados, ó deberá siemp optar por el segundo? Induce á plantear esta cuestión los térm nos del artículo que estudiamos, en el que se lee que «el conse de familia decidirá la *parte* de rentas ó productos que deba inve tirse en aquella atención» (la de alimentos), pareciendo deducir que no puede dedicarse nunca al cumplimiento de ésta la total dad de los productos de los bienes del menor ó incapacitad sino una fracción, una parte de ellos. Nosotros creemos, sin en bargo, que si bien es este el tenor literal del artículo, su espíri no es otro que dejar al criterio, libre pero razonable, del conse de familia la facultad de fijar la cuantía y forma de los aliment del menor ó incapacitado, con las restricciones que imponen cumplimiento de los demás deberes que lleva consigo la tutel Si el caudal del menor ó del incapacitado es tan reducido q alcance apenas á cubrir el importe de su sustento, no hay moti racional alguno para impedir que se señale el total de las rent de aquél para tal objeto.

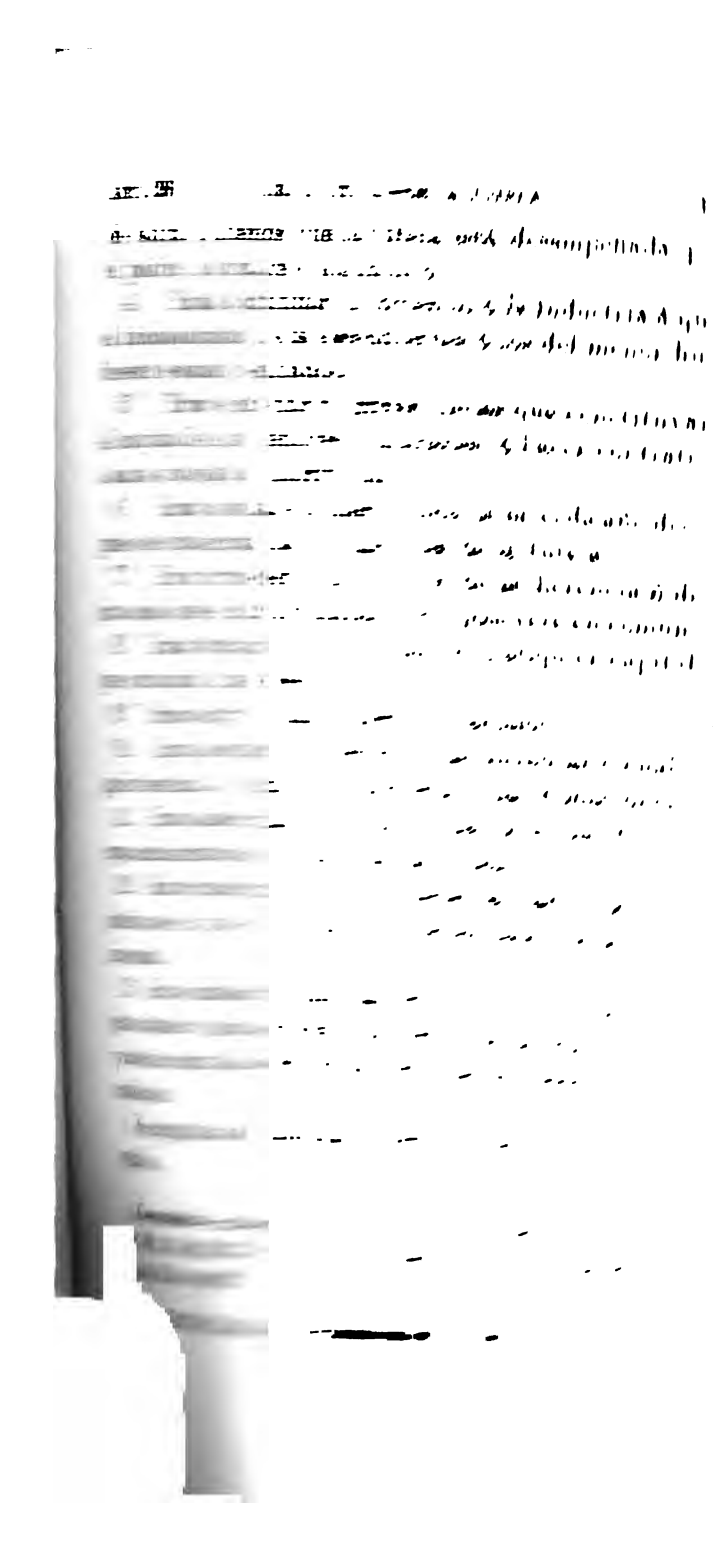
El párrafo segundo del artículo es lógico y necesario tratá dose de materia de alimentos, en la que rige como regla prime la de la proporcionalidad entre las necesidades del alimentista la cuantía del capital con el que se han de satisfacer éstas.

ART. 269. El tutor necesita autorización del co sejo de familia:

1.° Para imponer al menor los castigos de q tratan el núm. 2.° del art. 155 y el art. 156.

2.° Para dar al menor una carrera ú oficio determ nado cuando esto no hubiese sido resuelto por padres, y para modificar las disposiciones que és hubiesen adoptado.

3.° Para recluir al incapaz en un



Núm. 3.°—*Real decreto de* 19 *de Mayo de* 1885 *sobre ingreso de dementes en los manicomios.*—Art. 8.° Las peticiones, tanto de observación como de ingreso definitivo en un hospital, deberán hacerse por el pariente más inmediato del demente, ó de oficio si se trata de una persona que carezca de familia, se halle lejos ó separado de ésta. En los expedientes de reclusión se oirá precisamente á los parientes, emplazándolos por el término de un mes, pasado el cual se resolverá con ó sin su audiencia, si no hubiesen comparecido.

Núm. 4.°—*Ninguno.*

Núm. 5.°—*Part.* 6.ª, *tit. XVI, ley* 18. No deuen los guardadores dar, nin enagenar, nin vender ninguna de las cosas del huérfano que sea rayz, fueras ende si lo fiziesse alguno por pagar las debdas que ouiesse dexadas el padre del huérfano, ó por casar alguna de las hermanas del moço, ó por casamiento del mismo ó por otra razon derecha que lo ouiesse de fazer, no lo pudiendo excusar en ninguna manera; e aun estonce no lo puede fazer sin otorgamiento del juez del lugar.

R. O. de 28 *de Agosto de* 1876.—Art. 1.° Los notarios que fueren requeridos para autorizar algún acto ó contrato de venta, retroventa, hipoteca ó cualquier otro por el que resultasen gravados ó enajenados bienes inmuebles pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados, exigirán de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspondiente autorización judicial, previa justificación de la necesidad ó utilidad, cuya autorización se obtendrá con arreglo á los trámites de la ley de Enjuiciamiento civil, dándose conocimiento á las personas designadas en el art. 205 de la ley Hipotecaria, á los efectos expresados en su art. 202.

Art. 2.° Igual autorización exigirán los Notarios para intervenir en los actos ó contratos que tengan por objeto la extinción de derechos reales de la propiedad de los hijos no emancipados, como son cesión, renuncia, subrogación, cancelación, redención y otros de índole ó naturaleza semejante.

Art. 3.° Conforme á lo dispuesto en el art. 18 de la ley Hipotecaria, los Registradores no admitirán á inscripción los instrumentos públicos á que se refieren los dos anteriores artículos, cuando no constare de ellos que los otorgantes han obtenido previamente la oportuna autorización y que reúnen por lo mismo la capacidad necesaria para celebrarlos.

Ley de E. civil.—Art. 2.011. Será necesaria licencia judicial para enajenar ó gravar los bienes de menores ó incapacitados que correspondan á las clases siguientes:

1.° Inmuebles.

2.° Efectos públicos y valores de toda especie, sean al portador ó nominativos.

3.° Derechos de todas clases.

4.° Alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo.

Art. 2.030. Para hipotecar ó gravar bienes inmuebles ó para la extinción de derechos reales que pertenezcan á menores ó incapacitados se observarán las mismas formalidades establecidas para la venta, con exclusión de la subasta.

Núm. 6.°—*Ninguno.*

Núm. 7.°—*Ley de E. civil.*—Art. 1.041. Será necesario el juicio de testamentaría en los casos en que el Juez deba prevenirlo de oficio Estos casos serán:

1.° Cuando todos ó algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio.

2.° Cuando los herederos, ó cualquiera de ellos, sean menores ó estén incapacitados, á no ser que estén representados por sus padres.

Art. 1.049. Las liquidaciones y particiones de herencia hechas extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, deberán presentarse á la aprobación judicial siempre que tengan interés en ellas como heredero ó legatario de parte alícuota algún menor, incapacitado ó ausente cuyo paradero se ignore.

Núm. 8.°—*Ninguno.*

Núm. 9.°—Los del núm. 5.°, cuando al préstamo fuese unida la garantía hipotecaria.

Números 10 y 11.—*Ninguno.*

Núm. 12.—*Ley de Enjuiciamiento civil.*—Art. 2.025. La autorización para transigir sobre los derechos de los menores ó incapacitados se pedirá por las mismas personas que la venta de bienes.

En el escrito en que se pida se expresarán el motivo y objeto de la transacción, las dudas y dificultades del negocio y las razones que la aconsejen como útil y conveniente, y se acompañará

el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción.

Se exhibirán también con el escrito los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio.

Núm. 13.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—No puede ser otro que el que se deriva de su redacción, á saber: estudiar separadamente cada uno de los casos que comprende.

1.° Justo y previsor es que la ley exija al tutor autorización del consejo de familia para imponer al menor los castigos extrafamiliares del art. 156. Suponen ya cierta gravedad por lo mismo que requieren la intervención de la autoridad gubernativa ó judicial, y hasta puede llegar á producir la reclusión del menor, y si tratándose del padre no es de temer que se deje llevar por arrebatos de momento ó móviles egoístas, esa presunción no puede revestir el mismo grado de exactitud respecto del tutor. No indica igual acierto el que se exija también la autorización del consejo para la imposición de los castigos del núm. 2.° del artículo 155; en nuestro sentir, el legislador ha pecado de exceso de celo. Dicho número del art. 155 establece la facultad de corregir y castigar moderadamente al menor, y con solo esto compréndese que se refiere á las correcciones y castigos leves, de índole familiar y privada, necesarios para el cumplimiento del precepto del art. 263, ó sea para obtener y conseguir el respeto y obediencia que los menores deben al tutor. Entendemos, pues, que no debiera haberse consignado esta disposición, y no dudamos que será infringida constantemente en la práctica. No se alegue contra esto que el precepto se halla establecido para evitar los abusos del tutor é impedir que éste castigue con severidad excesiva y hasta cruelmente al menor, porque el núm. 2.° del art. 155 autoriza sólo al tutor para corregir y castigar *moderadamente* al menor, y desde el momento en que abandonase la moderación de que habla el citado artículo, obraría por su criterio, pero no por virtud del derecho concedido por la ley.

2.° Refiérese este caso 2.° á la educación del menor. Si los padres hubieren dispuesto la carrera ú oficio que ha de seguir su hijo, el tutor se limitará á cumplir por sí tal disposición. Si no

han dispuesto nada, entonces el tutor debe pedir el consentimiento del consejo para dar al menor un oficio ó una carrera determinada. Y lo mismo en el caso de que, habiendo expresado su voluntad los padres, sea preciso modificarla, bien porque haya disminuído el capital del menor, bien porque haya variado de deseo, ya voluntaria, ya forzosamente (enfermedad, defecto físico para las carreras militares, expulsión de academias ó universidad).

Aunque el Código señala la voluntad de los padres como ley á la que debe obedecerse en primer término, entendemos que lo que precisa respetar ante todo es la del menor, principal interesado, puesto que de la elección puede depender acaso su porvenir. Esto viene á indicar, bien que de manera indirecta, el número del artículo cuando declara que el consejo de familia puede modificar las disposiciones que aquéllos hubiesen adoptado. Y ningún fundamento mejor para una modificación que el deseo del hijo cuando no armonice con el de sus padres. El Código de Guatemala expresa claramente nuestra idea al decir en su artículo 368 que «el tutor destinará al menor á la carrera ú oficio que el mismo menor *elija*, según sus circunstancias,» precepto que contiene en iguales términos el 600 del de Méjico.

El artículo se ocupa sólo del caso de los padres, no mencionando el del art. 207, esto es, cuando la persona que deje al menor herencia ó legado de importancia y le nombre tutor, haya otorgado también alguna disposición sobre la carrera ú oficio de aquél. Entendemos, sin embargo, que por analogía entre uno y otro caso, y por el principio jurídico de que donde existe igual razón debe haber igual derecho, se ha de respetar, en primer término, la voluntad del testador, y que para modificarla será preciso la autorización del consejo de familia.

3.° La reclusión del incapaz (loco, demente, imbécil) en un establecimiento de salud, es otro de los actos para los que necesita el tutor la autorización del consejo de familia, excepto el caso en que la tutela esté desempeñada por el padre, la madre ó algún hijo del incapaz.

Harto claro es el fundamento del precepto y de su excepción. El legislador, teniendo en cuenta algunos ejemplos que del caso que desea evitar han ocurrido, ha temido tal vez que el tutor, guiado por bastardos móviles, recluya en un establecimiento de

salud á quien no se encuentra necesitado de ello. Desaparece dicho temor, ó al menos es de presumir así, cuando el cargo de tutor lo desempeñe una persona ligada al incapaz por parentesco tan íntimo ue no sea de sospechar que los lazos de la sangre se vean rotos por una criminal ambición, y por esto no ha querido consignar un precepto que envolvía la desconfianza, cuando no una afrenta, contra determinadas personas (padres ó hijos del incapaz). Es tal el espíritu restrictivo del legislador en este punto, que no extiende la excepción á los cónyuges. Guarda absoluta confianza en los vínculos directos y próximos de la sangre; desconfía, por el contrario, de los lazos del amor, por estrechos que sean.

4.º Para continuar el tutor el ejercicio del comercio ó la industria á que el incapacitado ó sus ascendientes ó los del menor hubiesen estado dedicados, necesita la autorización del consejo de familia.

Ninguna duda ofrece el caso del incapacitado. Este mismo concepto expresa su falta de aptitud para los diversos actos de la vida civil. Pero no sucede así con el menor. Respecto de éste ocurre formular esta pregunta: ¿desde qué edad podrá el menor ejercer por sí el comercio sin intervención del tutor? Existiendo una ley especial sobre esta materia, para contestar la pregunta acudiremos á ella en primer término. El Código de Comercio, en su art. 4.º, expresa que «tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes: 1.ª Haber cumplido la edad de veintiún años. 2.ª No estar sujetas á la potestad del padre ó de la madre ni á la autoridad marital. 3.ª Tener la libre disposición de sus bienes.»

Los dos primeros requisitos no ofrecen dificultad ninguna; surge, si acaso ésta, respecto del tercero: ¿qué persona menor de edad ha de considerarse que tiene la libre disposición de sus bienes para los efectos del artículo? Con arreglo al derecho vigente en la época en que comenzó á regir el Código de Comercio (1.º de Enero de 1886), había dos casos, comprendidos ambos en la ley de Matrimonio civil: el del art. 46 (equivalente á los artículos 59 y 60 del Código) concediendo al marido mayor de diez y ocho años la facultad de administrar los bienes de la sociedad conyugal y la celebración de actos y contratos, y el de los artículos 66 y 67 de la misma (análogos al 160 del Código), según

el que se reputaba emancipado al hijo para la administración y usufructo de los bienes que ganase con su trabajo ó industria no viviendo en compañía de los padres.

¿Y según el novísimo derecho consignado en el Código civil? Con arreglo á éste, consideramos que son cuatro los casos en los que el menor de edad, mayor de diez y ocho años, goza de la libre disposición de sus bienes para los efectos del art. 40 del Código de Comercio.

El primero es el del matrimonio, caso no dudoso, puesto que ya tenía lugar antes de la publicación del nuevo Código civil. Éste considera á la emancipación ocasionada por el matrimonio, no como voluntaria ó particular, sino forzosa y legal. Basta leer el artículo 315, que dice que «el matrimonio *produce de derecho la emancipación* con las limitaciones consignadas en el art. 59 y en el párrafo 3.º del 50». Las limitaciones del art. 59 (las del párrafo 3.º del art. 50 no son pertinentes para el caso presente) se refieren á la restricción que tiene el marido mientras no llegue á la mayor edad de tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces sin consentimiento del padre, de la madre ó del tutor. Esta es la única limitación; en lo demás, su capacidad legal es la de un mayor de edad. Además, el mismo Código de Comercio, en su art. 11, concede capacidad para ejercer el comercio á la mujer casada mayor de veintiún años que viva separada de su marido por sentencia firme de divorcio. Luego si la mujer menor de edad adquiere dicha capacidad por virtud del matrimonio, es casi superfluo expresar que el marido menor la tendrá también por la misma causa.

Los otros dos casos conciernen respectivamente á la emancipación voluntaria y á la habilitación de edad. Si los padres, ó uno de ellos, otorgan á un hijo la emancipación del núm. 3.º del artículo 314 del Código civil, y ya emancipado mueren aquéllos, ó si el huérfano obtiene del consejo de familia la habilitación de mayor edad concedida por el art. 322 del mismo Código, ¿podrá ejercer el comercio por sí? A nosotros no nos cabe duda alguna. La capacidad del emancipado voluntariamente y del habilitado es la misma del marido menor de edad, porque unos y otros tienen idénticas restricciones. La emancipación—dice el art. 317—habilita al menor para regir su persona y bienes *como si fuera mayor;* pero hasta que llegue á la mayor edad no podrá el eman-

cipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos sin el de su tutor, no pudiendo tampoco comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas. En cuanto á la habilitación, manifiesta el art. 324 que «es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el art. 317.» Despréndese de esto que, salvas las excepciones señaladas taxativamente por ambos artículos, la capacidad del emancipado por concesión de los padres y del habilitado es igual que la del emancipado por mayor edad, y también que gozan de la libre disposición de los bienes que exige el art. 4.º del Código de Comercio, puesto que el art. 317 les habilita *para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad.*

Los términos de la ley son bien claros, y no menos ostensible es la idea que guió al legislador al establecer el precepto. Su intención no pudo ser otra que la de permitir ejecutar al menor con entera libertad toda clase de actos civiles, salvo las excepciones que creyó conveniente establecer. Es así que entre estas excepciones no esta comprendido el ejercicio del comercio, luego no puede el menor carecer de capacidad para un acto ó serie de actos que no le están prohibidos. Dar otra interpretación al precepto legal valdría tanto como truncar este mismo precepto, que se halla establecido precisamente en interés del menor para casos como el que examinamos.

El último de los cuatro casos en que el menor tiene la libre disposición de sus bienes es el comprendido en el art. 160 del Código civil, referente al hijo no emancipado que con consentimiento de los padres viva separado de ellos, al cual se le considerará emancipado para todos los efectos relativos á dichos bienes, teniendo en ellos el dominio, el usufructo y la administración. La disposición del artículo concierne al caso en que los hijos estén sometidos á la autoridad paterna, no á la tutelar, pero no es menester esforzarse para comprender que si el precepto se encuentra consignado para el caso de la patria potestad, en el que el poder sobre los menores alcanza al grado máximo, con mayor motivo ha de tener aplicación en el de tutela, poder inferior y nunca comparable al del padre. Si un hijo vive fuera de su domicilio, ó sea del de sus padres, dedicado al comercio, haciendo suyos por tanto los bienes que adquiera por este medio,

y mueren aquéllos, ¿ha de perder el derecho á esos bienes y la facultad que tenía para adquirirlos cuando precisamente el poder á que se encontraba sujeto ha sufrido una notable alteración, ya que el augusto y primordial de padre ha descendido al menos solemne de tutor? En modo alguno: lo contrario sería infringir de consuno la lógica y la práctica.

La duda nace del silencio de la ley en este caso; pero el Código mismo proporciona elementos con qué llenar el vacío de aquélla. Suministran tales elementos el párrafo segundo del art 6.° del Código, que deseando evitar en lo posible el caso de que un Tribunal rehúse fallar sobre un asunto á pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes, ordena que cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales de derecho. ¿Cuál es la costumbre en el caso que venimos exponiendo? La de que el menor que viva separado del hogar paterno hace suyas todas las ganancias y pueda disponer de ellas libremente. No sólo esto; la analogía del caso en que el hijo viva alejado del domicilio de sus padres, dedicado á una industria ó clase del comercio, con el del menor que ejerce una industria ó comercio en sitio diverso de la residencia legal del tutor, exige aplicar en ambos regla legal idéntica: así lo dispone el repetido principio jurídico *ubi eadem est ratio eadem judis dispositio esse debet.* Por otra parte, si el Código concede tales franquicias al menor no emancipado, con mucha mayor razón ha de otorgarse cuando lo esté, puesto que la emancipación supone un aumento de capacidad, y por tanto la adquisición de nuevos derechos ó la ampliación de los ya adquiridos.

Nosotros, en este punto, llegaremos hasta sus últimas consecuencias. Entendemos, no sólo que el mayor de veintiún años emancipado por cualquiera de los medios expuestos ó habilitado de edad puede ejercer el comercio, sino que goza de este derecho el mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés que se encuentre en igual caso. Fúndase nuestra opinión en los mismos razonamientos antes consignados. Si la emancipación, ya voluntaria por concesión del padre ó de la madre, ya forzosa por el matrimonio, ó la habilitación pueden tener lugar á los diez y ocho años; si una y otra producen el efecto de que el menor pueda regir su persona y bienes como si fuera mayor, claro es

que dicho efecto se ha de dejar sentir en todos los actos de la vida del menor (salvo los exceptuados expresamente), y por tanto, en los relativos á la esfera mercantil. Además, el Código civil, ley principal en cuestión de capacidad jurídica, ha modificado en este extremo al de Comercio, subordinado necesariamente á aquél. En esta materia, la ley suprema, la fundamental, es el Código civil, alrededor del cual han de girar los demás como satélites de un planeta. Una consideración nos demuestra la certeza de nuestra afirmación. Supongamos que el Código de Comercio dispusiere que para ejercer éste se necesitaba haber cumplido veinticinco años. En este supuesto, se publica el Código civil, que dispone, como sabemos, que la mayoría de edad es á los veintitrés años. ¿Habría alguien que se atreviese á sostener en este caso que el que tuviese veintitrés años no podría ejercer el comercio porque la ley especial, ó sea la mercantil, exigía veinticinco? En modo alguno, y lo mismo sucede en el caso contrario. El Código civil es la ley fundamental que regula, como ya hemos dicho, la capacidad legal del individuo. Sus preceptos influyen sobre las demás leyes en este particular, y todas las anteriores al mismo han de entenderse derogadas por aquél mientras otra ley no disponga lo contrario, por el principio de que lo accesorio sigue á lo principal.

Parecerá acaso á primera vista que nos hemos apartado de la cuestión al consignar las consideraciones expuestas, ya que el artículo de lo que habla es de la autorización que necesita el tutor para continuar el comercio ó industria á que los ascendientes del menor hubiesen estado dedicados, y nosotros nos hemos ocupado de la capacidad del menor para ejercer el comercio ó la industria; pero no es así. Precisamente de las palabras del artículo pudiera deducirse que el menor no tiene aptitud para el comercio ó industria, y que por esto el tutor es el llamado á continuar siempre el ejercicio de aquel que los padres del menor hubieran desempeñado, y á desvanecer este probable error hemos procurado encaminar nuestros esfuerzos.

Por este mismo motivo creemos oportuno consignar, á manera de conclusiones, los principios que se derivan de los razonamientos expuestos, que son los siguientes: 1.°, el mayor de diez y ocho años, menor de veintitrés, emancipado forzosamente, ya por el matrimonio, ya por lo dispuesto en el art. 160

del Código civil, ya voluntariamente por concesión de los padres ó de uno de ellos, ó habilitado de mayor edad, puede ejercer por sí el comercio y continuar, por consiguiente, el de sus padres sin intervención del tutor, á no ser para los actos exceptuados especialmente en los artículos 59 y 317 del Código civil; 2.°, el precepto del inciso 4.°, del art. 269 regirá sólo en el caso de que el tutor deba de continuar por sí el ejercicio del comercio á que se hubiesen dedicado el incapacitado ó sus ascendientes ó los del menor, bien porque el menor no estuviese emancipado ó habilitado de cualquiera de los modos expresados en la conclusión anterior, bien porque estándolo no quiera dedicarse á él, 3.°, tal disposición (la 4.ª del art. 269) es reflejo de la del art. 5.° del Código de Comercio, que declara que «los menores de veintiún años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres ó sus causantes,» añadiendo que «si los guardadores carecen de capacidad legal para comerciar, ó tuvieran alguna incompatibilidad, estarán obligados á nombrar uno ó más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio;» 4.°, este precepto seguirá rigiendo en cuanto al nombramiento de factores en el caso de que el tutor continúe por sí el ejercicio del comercio á que hubieren estado dedicados los causantes del menor ó del incapacitado, ó sea cuando el mayor de diez y ocho años, menor de veintitrés, no lo ejerza por alguna de las causas consignadas en la conclusión segunda.

5.° Dentro de este número existen dos diversos casos, el de la enajenación ó gravamen de bienes y el de la celebración de actos ó contratos inscribibles. Respecto del primero, el artículo no distingue entre las clases de bienes; de modo que comprende las dos, muebles é inmuebles, refiriéndose á la donación, enajenación, prenda, hipoteca y anticresis.

Dice el artículo en el caso segundo: hacer actos ó contratos «sujetos á inscripción,» y nosotros hemos cambiado estas palabras por la de «inscribibles» por estimarlas más ajustadas al tecnicismo legal. Acto ó contrato *sujeto* á inscripción vale tanto como acto ó contrato en que ésta es forzosa, y, en general, no sucede así; la inscripción no es obligatoria. Lo es en el sentido de que el título no inscrito no produce efecto contra tercero; pero la ley, en casi todos los casos, deja la inscripción al arbitrio de las

partes; es un acto potestativo de la voluntad de éstas. Así lo declara la ley Hipotecaria, de acuerdo con el espíritu que la informa, y lo confirma la jurisprudencia en varias sentencias, tales como la de 29 de Septiembre de 1865, al expresar que «la falta de registro de una escritura, como tiene declarado el Tribunal Supremo, en nada influye para la validez y efectos del convenio que de la misma escritura resulte haberse celebrado,» y la de 16 de Noviembre de 1870, que establece que «el núm. 1.° del art. 2.° de la ley, que previene se inscriban en el Registro los títulos traslativos de dominio de los inmuebles, no declara la nulidad de los que se inscriban, sino que limita sus preceptos á salvar los derechos de tercero, pero dejando vivas las obligaciones entre quienes las hayan contraído.» Por esta razón fundamental consideramos más propio y exacto decir «actos ó contratos inscribibles,» esto es, actos ó contratos que se pueden inscribir, que no «actos ó contratos sujetos á inscripción,» como si ésta fuese requisito ineludible de la ley.

No quiere decir esto que no existen actos ó contratos respecto de los cuales la inscripción es forzosa, como expondremos á seguida: es que entendemos que debiera haberse empleado el concepto de «actos ó contratos inscribibles» porque dentro de él se comprendían unos y otros, en vez del que usa el Código, que sólo concierne á parte de ellos.

¿Cuáles son los actos ó contratos sujetos propiamente á inscripción? Conforme al Código, dos: la venta de la finca enfitéutica y la constitución de la hipoteca. Resulta la certeza de lo primero del art. 1.638, que al disponer que el derecho de retracto de la finca se ejercitará dentro de los nueve días siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta, y si ésta se ocultara, en igual plazo, á contar desde la inscripción, añade que «se presume la ocultación cuando no se presenta la escritura en el Registro dentro de los nueve días siguientes al de su otorgamiento.»

Más terminante aún se encuentra el Código con relación á la hipoteca. El párrafo 1.° del art. 1.875 expresa que es *indispensable*, para que la hipoteca quede válidamente constituída, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.» El Código consigna, como requisito necesario de toda hipoteca en general, la inscripción del título, formalidad

que la ley Hipotecaria sólo exigía (art. 159) respecto de las legales. En cuanto á las voluntarias (art. 146) era preciso para que produjeran efectos contra tercero.

La ley acabada de citar ofrece también algunos casos en los que es necesaria la inscripción. Uno de ellos es el consignado en el art. 7.° (1), relativo á la reserva de todo derecho real sobre bienes inmuebles á favor de personas que no hubieren sido parte en un acto ó contrato no sujeto á inscripción. Tan interesante considera con justicia el legislador la inscripción en este caso, que el párrafo primero del art. 12 del Reglamento manifiesta que para asegurarla (en el caso de que se trata), el Notario ó la autoridad ó funcionario que expida ó autorice el título en que se reserve el derecho de tercero remitirá directamente al Registrador los documentos necesarios para hacer dicha inscripción.

Otro de los actos que requieren la inscripción es la ratificación por el dueño de los bienes hipotecados de la hipoteca constituída por persona distinta de él sin poder suficiente. Exprésalo así el art. 146 de la ley Hipotecaria al declarar que la hipoteca constituída por un tercero sin poder bastante podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados, pero no surtirá efecto sino desde la fecha en que por una nueva inscripción se subsane la falta cometida.

Es menester también que se inscriba la venta ó cesión del crédito hipotecario. Determínalo de manera terminante el párrafo 1.° del art. 153 de la ley, que preceptúa que «el crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero en todo ó parte siempre que se haga en escritura pública, de que se dé conocimiento al deudor y *se inscriba en el Registro*.»

Tales son los actos ó contratos *sujetos* á inscripción; los que

(1) Art. 7.° Cuando en los actos ó contratos no sujetos á inscripción se reserve cualquier derecho real sobre bienes inmuebles á personas que no hubieren sido parte en ellos, el Notario que autorice el título, ó la autoridad que lo expida, si no mediare aquel funcionario, *deberá exigir la inscripción* del referido derecho real, siempre que el interés de dichas personas resulte del título mismo ó de los documentos ó diligencias que se hayan tenido á la vista para su expendición.

Si los actos ó contratos estuvieren sujetos á inscripción, deberá hacerse en ésta expresa mención del derecho real reservado y de las personas á cuyo favor se hubiere hecho la reserva.

pueden inscribirse son los mencionados en el art. 2.° de la ley, en el 1.°, 2.°, 4.° y 5.° de su Reglamento y en el 1.549 del Código civil, concebidos en los siguientes términos:

«*Ley Hipotecaria.*—Art. 2.° En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos de dominio de los de inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

Tercero. Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos á otro ó de invertir su importe en objetos determinados.

Cuarto. Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposición de sus bienes.

Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado la renta de tres ó más años, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban.

Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que poseen ó administran el Estado ó las Corporaciones civil ó eclesiásticas, con sujeción á lo establecido en las leyes ó Reglamentos.

Reglamento.—Artículo 1.° Conforme á lo dispuesto en los párrafos 1.°, 2.° y 3.° del art. 2.° de la ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen ó extingan el dominio ó los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos á derechos de la misma índole, como adquisiciones de fincas pertenecientes á la mitad reservable de los mayorazgos, concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, aguas, pastos y otros semejantes, ó bien cualquier acto ó contrato legítimo que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego ó en lo

futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles ó derechos reales.

Art. 2.° Los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias regidas por fueros especiales, producen respecto á los bienes inmuebles ó derechos reales cualquiera de los derechos indicados en el artículo precedente, estarán también sujetos á inscripción. Tales son, entre otros, el usufructo conocido en Aragón con el nombre de *Viudedad,* el contrato denominado en Cataluña *Heredamiento universal* y otros semejantes, siempre que hayan de surtir alguno de los mencionados efectos.

Las actas expedidas por el respectivo Diocesano ó de su orden que acrediten haberse realizado la conmutación de los bienes de las capellanías colativas declaradas subsistentes con arreglo al Convenio de 24 de Junio de 1867 é Instrucción de 25 del propio mes, estarán asimismo sujetas á inscripción, debiendo presentarse con ellas la escritura de fundación de las capellanías, la de inventario de los bienes conmutados y la de partición si fuere más de una la persona á cuyo favor se hubiere hecho la conmutación. En el caso de haberse seguido litigio ante el Tribunal civil competente para la declaración del derecho de las familias interesadas en la conmutación ó para el señalamiento de la parte alicuota de bienes y de la de la renta que deba convertirse en inscripciones intransferibles, se acompañará además la ejecutoria. No acompañándose ésta, la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por la conmutación no perjudicará á tercero si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de aquélla, ni dichos bienes ó derechos podrán ser liberados sino después de cinco años, contados desde el día de su inscripción en el Registro.

Art. 4.° Las sentencias ejecutorias que deben inscribirse conforme á lo dispuesto en el pár. 4.° del art. 2.° de la ley, no son tan sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes, ó modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto á la libre disposición de su caudal, sino también todas aquellas que produzcan legalmente una ú otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante.

Art. 5.° Lo dispuesto en el pár. 5.° del art. 2.° de la ley respecto á la inscripción de los contratos de arrendamiento, será

también aplicable á los de subarriendo, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de arrendamientos, siempre que tengan las circunstancias expresadas en dicho párrafo; pero debiendo hacerse en tales casos, no una inscripción nueva, sino un asiento de nota marginal á la inscripción que ya estuviese hecha del arrendamiento primitivo.

Código civil.—Art. 1.549. «Con relación á terceros, no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad.»

Como vemos, y hemos expuesto con repetición, cabe distinguir entre actos sujetos á inscripción y actos inscribibles. El Código entendemos que en el caso del artículo no ha distinguido, sino que se refiere á los inscribibles, comprendiendo dentro de éstos á los de inscripción forzosa y voluntaria. No es cuestión de concepto, sino de palabras.

6.° El deseo del legislador (general á todos los números del artículo) de que el consejo de familia intervenga en las cuestiones económicas de la tutela, ya por motivos de previsión, ya por la ventaja inherente á todo tribunal ó cuerpo colegiado de la mejor discusión de los asuntos, es el que ha presidido sin duda para establecer el precepto del número que estudiamos. La disposición es clara. Se refiere al líquido que resulte de la rendición anual de cuentas, como lo indican las palabras «en cada año,» y su objeto es, sin duda, procurar la mejor colocación de los fondos sobrantes en pro de los intereses del menor ó incapacitado.

7.° Para la división, ya de la herencia del menor ó incapacitado, ya de cualquier otra cosa que éstos poseyeren en común, exige también el artículo al tutor la autorización del consejo de familia. Respecto de la herencia, habla indudablemente del caso en que haya que proceder á la división, por no haber dispuesto nada sobre ella el testador. Cuando éste hiciere por acto entre vivos ó por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ello — como dice el pár. 1.° del art. 1.056, — siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos. La autorización se ha de entender concedida para intervenir en todas las operaciones inherentes á la división.

Una consideración hemos de consignar respecto de la división de la cosa común. Pueden concurrir á ésta, según el párrafo 1.° del art. 403, no sólo los partícipes, sino los acreedores ó

cesionarios de éstos. Ahora bien, preguntamos: si un menor ó incapacitado es acreedor ó cesionario de un partícipe, ¿necesitará su tutor la autorización del consejo? En el supuesto de la cesión, no cabe duda. El cesionario se subroga en el lugar del cedente, es la continuación de su personalidad, de manera que es el mismo caso que si asistiera el copropietario, y para esto se halla establecido el precepto del artículo que estudiamos. ¿Y en el caso de que fuera acreedor? Nuestra opinión es que la necesita también. Lo que quiere el Código es, además de respetar un derecho innegable, evitar que el menor ó incapaz pueda sufrir perjuicio por la división. Esta razón existe cuando el sujeto á tutela sea acreedor, luego justo es aplicar disposición legal idéntica. El artículo requiere la autorización para el acto de asistir á la división de la cosa común, y como quiera que interviene en ella y puede asistir á la misma, si no en calidad de condueño, en la de acreedor de éste, de aquí que entendemos que sea extensivo á tal caso el requisito de la autorización. El interés del acreedor puede ser directo en la división, por ejemplo, cuando exista una hipoteca sobre la cosa que se trata de dividir, y sería poco acomodado á razón suponer que en este caso no necesitaba el tutor la autorización del consejo cuando los efectos de la división podían ser tan favorables ó desfavorables al menor ó incapacitado como en el de que éstos fuesen partícipes de la cosa.

8.° El hecho de retirar de su colocación un capital que esté produciendo interés á favor del menor ó incapacitado, envuelve cierta importancia bajo el punto de vista económico, y ha estimado el autor de la ley, con buen acuerdo, que no debía dejarse al arbitrio del tutor. La intención del legislador sobre este punto es bien expresa. Basta leer el art. 274, donde se declara que «el tutor responde de los intereses legales del capital del menor cuando, por su omisión ó negligencia, quedare improductivo ó sin empleo.» Es un precepto que envuelve una advertencia acertada al tutor para que proceda con buena fe en el desempeño de su cargo y use con prudencia de la facultad comprendida en el número del art. 269 que estudiamos.

9.° La celebración del contrato de préstamo por el tutor, bien en concepto de prestamista, bien en el de prestatario, requiere asimismo la autorización de que nos venimos ocupando.

El artículo no distingue de forma y condiciones del contrato, de manera que basta el hecho de entregar ó de recibir dinero en préstamo, cualquiera que sea la cantidad, para que la autorización sea precisa, constitúyase hipoteca ó fianza para la seguridad del pago ó no se constituya. La disposición de la ley atañe sólo al simple préstamo (art. 1.740), no al comodato (artículo íd.), puesto que se circunscribe y limita á la prestación de dinero.

¿Necesitará también el tutor la autorización para variar las condiciones del contrato de préstamo celebrado? En nuestro entender, sí. La novación de todo contrato supone en puridad la celebración de uno nuevo sobre el mismo objeto que el primero. Y si para éste es necesaria la autorización, ha de serlo también para el segundo, puesto que existe igual causa en los dos, y el objeto del contrato es idéntico en uno y en otro. No es, por tanto, la regla acabada de exponer particular para el préstamo; la consideramos aplicable á la modificación de todo contrato, siempre que constituya verdadera novación. Así, por ejemplo, si se celebra un contrato de compra-venta, y se trata, después de llevado á efecto, que se modifique adicionando el pacto de retro, es indudable que para el otorgamiento de éste necesitará también el tutor la autorización correspondiente.

10. En este número se ordena la autorización del consejo para actos de naturaleza diversa: uno positivo, la aceptación de la herencia; dos negativos, la no aceptación de ésta ó de una donación.

No necesita siempre el tutor acudir al consejo de familia para aceptar una herencia en representación de la persona que tenga bajo su guarda. Precisa que cumpla este deber cuando la aceptación se efectúe sin beneficio de inventario, que es el caso del artículo; en otro modo no. Exprésalo con claridad el párrafo segundo del art. 992, que dice: «si la aceptare por sí el tutor (la herencia dejada á los menores ó incapacitados), la aceptación se entiende hecha á beneficio de inventario.»

La renuncia de la herencia no es menos transcendental que la aceptación, actos ambos irrevocables que pueden causar gravísimos perjuicios al sujeto á tutela, y por este motivo el artículo exige igual requisito en una y otra. Muestra aún criterio más riguroso para repudiar la herencia, no permitiendo (como lo hace para la aceptación) que el tutor pueda verificarlo por sí.

No ocurre duda alguna en el caso de que la herencia se difiera por testamento; pero en el caso de que la sucesión sea abintestato ó legítima cabe preguntar: ¿necesitará el tutor la autorización del consejo de familia para solicitar la declaración de herederos legítimos en representación del menor ó del incapacitado? Atendiendo á la forma de obtener esa declaración, al concepto que tiene en la ley procesal, parece que corresponde contestar negativamente. La declaración de heredero, tal como se encuentra hoy concebida en la ley de Enjuiciamiento civil, al menos en los casos comprendidos en los artículos 978 á 986, constituye un acto de jurisdicción voluntaria, y éstos no están comprendidos en los actos judiciales, que, según el núm. 13 del artículo que estudiamos, necesitan la autorización del consejo de familia. Pero si se atiende, no á las formalidades de la declaración de heredero, sino á lo intrínseco de la misma, no á los requisitos externos que exige la ley procesal, sino á su valor en la esfera sustantiva, debemos responder en sentido afirmativo.

Quien pide que se le declare heredero de una persona, solicita que se le transmitan todos los derechos y acciones de esa persona, y esto equivale á la aceptación de la herencia, la tácita cuando menos. Ésta - dice el art. 999 del Código—es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, ó que no habría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero. Pues bien: esto sucede con la declaración de heredero. La mera petición legal de este concepto lleva ingénita la intención de aceptar la herencia. Si el que la solicita no le guiase tal voluntad, si á dicho acto no presidiese tal idea, no la efectuaría. El que no quiera aceptar la herencia debe repudiarla; cualquier otro acto que no sea el de pedir el beneficio de inventario ó el de deliberar, vale tanto como aceptar aquélla. Además, el art. 269 del Código, en el caso que analizamos, no distingue entre herencia testamentaria y legítima y por este motivo no debemos distinguir. Por el contrario, al emplear la palabra herencia lo hace en términos generales, «cualquier herencia,» luego hay que dar á esta palabra la amplitud con que aparece empleada en la ley. Ésta establece el precepto con objeto de evitar que al mismo tiempo que el sujeto á tutela adquiera los derechos y bienes de su causante, recaigan sobre él obligaciones que le puedan perjudicar, y esta causa existe igual en la sucesión deferida por testamento ó por ley. El concepto de

la herencia es siempre uno, ó sea, conforme al art. 659 del Código, el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Por último, la ley (artículo 658) no habla de herencia, sino de sucesión testamentaria ó legítima. Así, pues, donde dice el núm. 10 del art. 269 «para aceptar cualquier herencia,» puede leerse «para suceder por testamento ó por ley.»

El artículo habla de herencia, callando sobre el legado. Este silencio nos obliga á preguntar si el requisito de la autorización se ha de extender al caso del legado. De la omisión de la ley en el artículo comentado parece desprenderse que no es indispensable el cumplimiento de la indicada formalidad; pero del texto de otro artículo puede muy bien deducirse que es necesaria la autorización. Es el artículo aludido el 207, concebido en estos términos: «También puede nombrar tutor á los menores ó incapacitados el que les deje herencia ó legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efecto alguno hasta que *el consejo de familia haya resuelto aceptar* la herencia ó *el legado*.» Aquí vemos con toda claridad que la ley considera requisito previo é ineludible el acuerdo del consejo de familia favorable á la aceptación del legado. No se diga que esta disposición está dada para el caso de que el testador haya nombrado tutor, pues el nombramiento es lo secundario, ya que, según el precepto del artículo (del 207), no producirá efecto si el consejo de familia no resuelve aceptar el legado. Lo principal es la aceptación de la herencia ó legado; lo accesorio el nombramiento del tutor, puesto que la eficacia de éste depende de aquélla; luego, en realidad, hay que trastrocar los términos del artículo y considerarle redactado en los siguientes: «El consejo de familia deberá resolver sobre la aceptación de la herencia ó legado que una persona deje al menor ó al incapacitado. Si dicha persona nombrare tutor al menor ó al incapacitado, el nombramiento no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado »

En nuestro entender, el silencio del Código sobre este particular en el art. 269 constituye un olvido, mejor dicho, un descuido del autor en la redacción de la ley de los muchos que ofrece análogos á éste, omitiendo ó contradiciendo en un artículo lo dicho en otro, defectos de forma, pero que afectan á la esencia

de la doctrina. Es de lamentar tanto más este defecto del Código español, cuanto que los de otras naciones, como el mejicano y el de Guatemala, ofrecían ya el caso con claridad. El art. 624 del primero dice, en efecto, que «el tutor tiene obligación de admitir las donaciones, *legados* y herencias dejados al menor,» y el 383 del segundo expresa que «las donaciones ó *legados* no podrán tampoco repudiarse sin decreto del Juez, y si impusieren obligaciones ó gravámenes al pupilo, no podrán aceptarse sin previa tasación de las cosas donadas ó legadas.»

Respecto de la donación, el Código sólo exige el acuerdo del consejo de familia para su repudiación, no para la aceptación, que el tutor, de acuerdo con el precepto del artículo, podrá verificar por sí con las formalidades prescritas en los artículos 630 á 633 (1). Por cierto que de la disposición del art. 630 se deduce que no es indispensable la repudiación, puesto que dicho artículo exige como requisito indispensable la aceptación hecha en forma solemne, hasta el punto que de no aceptarla ha de estimarse nula. Pero como quiera que esto supondría un estado de interinidad para el donante, que no sabría si el donatario pensaba ó no aceptar la donación, la ley parece que quiere un acto del segundo, expresivo de su voluntad de no admitirla.

11. El caso comprendido en este número exige sólo una acla-

(1) Art. 630. El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso ó con poder general y bastante.

Art. 631. Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas á procurar la notificación y anotación de que habla el art. 633.

Art. 632. La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente ó por escrito.

La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.

Art. 633. Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de los cargos que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse en forma auténtica al donante y se anotará está diligencia en ambas escrituras.

ración. ¿Qué se entiende por gastos extraordinarios? No existe artículo del Código que conteste de un modo expreso á la pregunta, pero sí contiene uno que puede servir por analogía para resolver la duda. Es el 500, que al declarar obligado al usufructuario á hacer las reparaciones que necesiten las cosas dadas en usufructo, dice en su párrafo segundo que «se considerarán *ordinarias* las que exijan los deterioros ó desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación.» Luego todas aquellas otras que no provengan de estas causas serán las extraordinarias, entre las que pueden estimarse incluídos los llamados gastos útiles de puro lujo ó mero recreo.

Confirma este criterio la ley de Enjuiciamiento civil cuando, refiriéndose á la administración del ab-intestato, habla también en sus artículos 1.016 y 1.017 de reparaciones ordinarias y extraordinarias, y en el primero de dichos artículos le ordena que haga en los edificios «las reparaciones *ordinarias* que sean indispensables para su conservación.»

El Código de Guatemala en su art. 384 y el mejicano en el 625, obvian con acierto la duda, pues dicen (ambos se encuentran redactados en términos idénticos) que «para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ó reparación, necesita el tutor la autorización del Juez.»

12. La transacción y el compromiso de someter á un tercero la resolución de las cuestiones que interesen al menor ó incapacitado, exigen imprescindiblemente la autorización del consejo de familia. Considera la ley tan necesario é importante el acuerdo de esta entidad, que el art. 274, estableciendo una regla especial sobre este caso concreto, manifiesta que la autorización para transigir ó comprometer en árbitos ha de ser pedida por escrito, y que el consejo podrá oir el dictamen de uno ó más letrados. Además, el art. 1.810, correspondiente al capítulo de las transacciones, repite la doctrina en su primer párrafo, donde expresa que «el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el núm. 12 del artículo 269 y en el 274 del presente Código.»

Aunque éste en el artículo comentado habla en términos generales de las cuestiones que afecten al menor ó incapacitado, hay que tener en cuenta la restricción consignada en el art. 1.814,

según la que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros. Es la misma disposición del art. 487 de la ley de Enjuiciamiento civil, que declara que no pueden someterse á la decisión de árbitros ni á la de amigables componedores: 1.° Las demandas á que se refiere el núm. 3.° del art. 483 (las relativas á derechos políticos ú honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas). 2.° Las cuestiones en que, con arreglo á las leyes, debe intervenir el Ministerio fiscal.

Tanto el núm. 12 del art. 269, como el art. 274, hablan de árbitros, refiriéndose sólo en nuestro sentir al juicio arbitral, con exclusión del de amigables componedores. Hay una razón para sostener este criterio. El Código desea que en la transacción y en el compromiso de árbitros se proceda con el acierto mayor posible, y al efecto, autoriza al consejo de familia para que oiga el dictamen de uno ó más letrados. Luego siendo esto así, claro es que no ha de consentir que la resolución definitiva del asunto recaiga en personas ajenas á la ciencia del derecho, como sucedería con los amigables componedores. No, quiere que sean individuos competentes para ello, ó sean árbitros que con arreglo al art. 790 de la ley de Enjuiciamiento civil, han de gozar precisamente del carácter de letrados.

Si se tratase de cuestiones mercantiles ó industriales, deberá tenerse en cuenta el art. 2.° del Real decreto de 9 de Abril de 1886 para la constitución de Cámaras de Comercio, que señala como facultades de éstas la de «resolver como jurado y con arreglo á las condiciones que voluntariamente establezcan las partes, las cuestiones que los comerciantes, industriales ó navieros sometan á su decisión,» y la de «promover entre éstos el procedimiento del juicio de amigables componedores como el más conveniente para la resolución de las cuestiones que entre ellos surjan.»

Una duda vamos á examinar. Obtenida por el tutor la autorización para someter á juicio arbitral una cuestión, ¿necesitará solicitarla también para entablar el recurso de apelación contra la sentencia de los árbitros ó el de casación que conceden respectivamente los artículos 818, 823 y 826 de la ley de Enjuicia-

miento civil? (1). Entendemos que sí, en atención á que el legislador lo que quiere es que el consejo estudie si es ó no conveniente alzarse del fallo para evitar en su caso perjuicios al menor. Además, vemos en el número siguiente que no basta la autorización para promover el pleito, sino que precisa obtenerla para formular los recursos de apelación y casación. De modo que si en este caso se necesita, no hay razón para suponer que, concedida para el compromiso, no se pida de nuevo para apelar ó recurrir ante el Tribunal Supremo. Los casos son idénticos, y donde existe unidad de razón hay que aplicar igual derecho.

Respecto del procedimiento del juicio arbitral, encuéntrase consignado en la citada ley de Enjuiciamiento, artículos 790 á 826, que figuran en el apéndice respectivo.

13 Tomado en parte del precepto del art. 464 del Código francés, el nuestro exige que el tutor obtenga autorización del consejo de familia para entablar demandas en nombre del menor ó del incapacitado y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias cuyo fallo sea condenatorio.

El Código francés establece la necesidad de la autorización sólo para el efecto de promover un pleito, no para apelar de las sentencias ó interponer recurso de casación como hace el español. Los redactores de éste han estimado sin duda conveniente que el consejo de familia decida y resuelva sobre tal punto con objeto de evitar en lo posible al menor los gastos inherentes á toda contienda ante los Tribunales.

La necesidad de la autorización se limita á la apelación de

---

(1) Art. 818. La sentencia de los árbitros, ó la que en su caso dictare el Juez de primera instancia, será apelable en ambos efectos para ante la Audiencia del distrito.

Art. 823. La sustanciación de estas apelaciones se acomodará á las reglas establecidas para las de sentencias definitivas en juicios de mayor cuantía.

Contra la sentencia que dicte la Audiencia se dará el recurso de casación en los casos y en la forma en que procede en dichos juicios.

Art. 826. Contra este fallo se dará el recurso de casación en los casos y con los requisitos que procede contra las sentencias de las Audiencias en los juicios ordinarios.

En este caso no se admitirá dicho recurso si al interponerlo no acredita el recurrente haber satisfecho á la otra parte la multa estipulada en el compromiso.

las sentencias, no de los autos, entendiendo por tales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 369 de la ley de Enjuiciamiento civil, «las resoluciones de los Juzgados y Tribunales que decidan definitivamente las cuestiones del pleito en una instancia ó en un recurso extraordinario; las que, recayendo sobre un incidente, pongan término á lo principal objeto del pleito, haciendo imposible su continuación, y las que declaren haber ó no lugar á oir á un litigante condenado en rebeldía.»

Dice el número del artículo, hablando de la necesidad de obtener la autorización, «para entablar demandas,» y en verdad este concepto es demasiado restringido y no responde bien á lo que, sin duda, quiso expresar el legislador. El pensamiento de éste debió ser que antes de formular el tutor una reclamación ante los Tribunales, el consejo de familia examinase la cuestión, teniendo en cuenta las graves consecuencias de todo pleito, y adoptase un criterio que el autor de la ley estimaba menos expuesto al error por ser resultado, no del parecer de un solo individuo, sino del de varios. Pues bien: con haber dicho el artículo «para entablar demandas,» sucede que hay varios casos en los que el tutor podrá acudir á los Tribunales sin la previa autorización del consejo, casos no desprovistos de importancia, y por el contrario, tal vez los más graves, á saber: recurso de responsabilidad contra Jueces y Magistrados y ejercicio de la acción penal.

Resalta tanto más este defecto, cuanto que siendo preciso la autorización para interponer recurso de casación y no para promover la causa criminal, se da la circunstancia extraña de que el tutor puede ejercitar la acción penal sin requisito alguno, necesitándolo para el último grado ó período de ese mismo ejercicio. Creemos, por consiguiente, que el número del artículo estaría mejor redactado en esta forma: «Para el ejercicio de toda acción civil ó penal, y para interponer los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubiesen sido condenados, y el de revisión. Se exceptúan las demandas y recursos en los juicios verbales y los actos de jurisdicción voluntaria propiamente tales.»

El número del artículo contiene una excepción, la referente á las demandas y recursos en los juicios verbales, esto es, tanto para reclamar en primera instancia como para recurrir en la se-

gunda. ¿En qué sentido están empleadas las palabras «juicios verbales?» Hacemos esta pregunta por una duda que nos asalta. Sabido es que, con arreglo al art. 1.562 de la ley de Enjuiciamiento civil, los Jueces municipales son competentes para conocer de los desahucios cuando la demanda se funda en alguna de las causas mencionadas en el mismo. En este caso, el juicio de desahucio se sustancia por los trámites del verbal, como dice el art. 1.570 de la citada ley; la demanda se ha de redactar de igual modo que la de esta clase de juicios (art. 720), y en todos los artículos referentes al desahucio se hace referencia al juicio verbal y se emplean estas mismas palabras. ¿Estará comprendido el juicio de desahucio en la excepción señalada en el párrafo 2.º del núm. 12 del art. 269 que estudiamos? Nos inclinamos á la opinión afirmativa. El concepto «juicio verbal» es genérico, llamándose así por su tramitación. Dentro de él se hallan incluídas las diversas especies de juicios verbales. Lo que caracteriza á éste es su celebración ante el Juez municipal, y el que las partes ó sus representantes expongan verbalmente ante el mismo sus pretensiones. Pues bien: este requisito de los juicios verbales existe, tanto en los juicios de que habla el art. 715 de la ley Procesal, como en los del 1.562 de la misma. Juicio verbal será el que tenga por objeto reclamar cantidad inferior á 250 pesetas, como el que se dirija al desahucio de una finca. El objeto será distinto; la esencia y el procedimiento los mismos. Por otra parte, la idea del legislador al consignar la excepción ha sido, en nuestro sentir, eliminar del cumplimiento del requisito de la autorización aquellas cuestiones judiciales de escasa importancia económica, como son las de la competencia de los Jueces municipales. Como quiera que el conocimiento del juicio de desahucio en los casos del repetido artículo 1.562 es atribución propia de este mismo funcionario, le consideramos implícitamente incluído en la excepción, ya por las palabras empleadas por la ley, ya por el deseo ó intención con que se insertaron.

Están exceptuados del precepto del art. 269 la mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria que queden subsistentes después de la publicación del Código y que puedan afectar en algún caso á los derechos del menor ó incapacitado: elevación á escritura pública del testamento hecho de palabra, apertura y protocolización del cerrado, informaciones para dispensa de ley y para per-

petua memoria, administración de bienes de ausentes, subastas voluntarias judiciales, posesión judicial y apeos y prorrateos de foro. Todos estos actos no suponen la existencia de un litigio, puesto que, como dice el art. 1.811 de la ley de Enjuiciamiento civil, son aquellos en que es necesaria ó se solicita la intervención judicial, pero sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas ó determinadas. Por esta causa, su tramitación no es la de un pleito, que comienza por la demanda del actor, que es precisamente para lo que el artículo del Código que comentamos exige la autorización del consejo de familia.

Hemos dicho la mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria, excluyendo intencionalmente el deslinde y amojonamiento, porque nos asalta duda respecto del mismo. Reconoce ésta como origen el hecho de que el Código civil ha consignado de un modo expreso en su art. 384 la facultad del propietario de todo inmueble ó derecho real de deslindar la propiedad, haciendo emanarla acción, no de una ley adjetiva, sino de una esencialmente sustantiva, y los términos de la misma ley de Enjuiciamiento civil, que al mencionar en su art. 2.061 el derecho que consigna hoy el Código en el 384, usa la palabra *demanda* (1). Estas mismas causas que motivan la duda, y la circunstancia de tratarse de un acto (deslinde y amojonamiento) diverso de los demás de jurisdicción voluntaria, puesto que en él, si bien no existe pleito propiamente dicho, al menos puede promoverse discusión entre las partes, nos inducen á sostener que es necesaria la autorización. Acaso no estaremos en lo cierto, pero nos permitimos asentar una consideración, que refleja nuestro criterio, sobre la necesidad de dicho requisito: la de que en caso de duda se proceda siempre con exceso de celo, es decir, se solicite aquélla.

Para desvanecer cualquier concepto equivocado que pudiera

---

(1) Art. 2.061. Puede pedir el deslinde y amojonamiento de un terreno, no sólo el dueño del mismo, sino el que tuviere constituído sobre él algún derecho real para su uso y disfrute

En la *demanda* expresará si el deslinde ha de practicarse en toda la extensión del perímetro del terreno, ó solamente en una parte que confine con heredad determinada; y manifestará los nombres y residencia de las personas que deben ser citadas al acto, ó que ignora estas circunstancias.

abrigarse, manifestaremos que creemos preciso cumplir el deber marcado en el núm. 12 del artículo presente para intentar los interdictos. Todos ellos requiere la ley que se formulen por demanda, y aunque no lo dijera, se trata de verdaderos juicios posesorios.

El requisito de la autorización del consejo de familia para promover cuestiones litigiosas y sostener determinados recursos judiciales, aunque establecido por una ley de carácter sustantivo, deja sentir su influencia en el orden procesal civil en las diversas instancias de todo pleito. Explicaremos esta afirmación.

Despréndese del precepto del número del art. 269 que comentamos, que el tutor debe presentar con la demanda que formule en nombre del sujeto á tutela, el correspondiente testimonio del acuerdo del consejo de familia autorizándole para entablar el pleito. Dicho testimonio puede, pues, considerarse como un documento más de los que, según el art. 503 de la ley de Enjuiciamiento civil, han de acompañar necesariamente á toda demanda. Sentado esto, si el tutor no presenta el citado testimonio en el juicio ni expresa que ha obtenido la autorización del consejo, ¿qué efectos producirá esta omisión? El requisito de la autorización lo exige la ley, entre otros actos, para formular una demanda; luego si no se obtiene, el acto será nulo, porque conforme al pár. 1.° del art. 4.° del Código, lo son los ejecutados contra ley. De aquí que si en el curso del pleito el demandado observase la omisión del repetido requisito, entendemos que habrá lugar á promover un incidente de nulidad del procedimiento, ó sea de los comprendidos en el art. 745 de la ley de Enjuiciamiento civil. Es de suponer, sin embargo, que el demandado observase el no cumplimiento del precepto legal en el trámite de contestación, y en este caso opinamos que tal olvido constituiría la *excepción dilatoria* del número 2.° del art. 533 de la ley de Enjuiciamiento, ó sea la falta de personalidad en el actor por carecer de las calidades necesarias para comparecer en juicio, ó por no acreditar el carácter ó representación con que reclama.

Por los que no puedan comparecer en juicio por sí, dice el párrafo 2.° del art. 2.° de la ley de Enjuiciamiento que lo harán sus representantes legítimos, ó los que deban suplir su incapacidad con arreglo á derecho. El tutor tiene, por el mero hecho de serlo, la representación del menor ó incapacitado en los actos extrajudi-

ciales en que no es necesaria la autorización; pero la representación judicial del sujeto á tutela no existe nunca, en tanto no sea autorizado al efecto por el consejo de familia, requisito previo é ineludible para ostentar aquélla. Para que el tutor comparezca en juicio es menester la autorización del consejo; luego si lo hace omitiendo esta formalidad, carece de la condición ó requisito principal para ello, que esto es lo que significa y vale la palabra calidad (1). De sostenerse lo contrario, no tendría razón de ser ni produciría efecto alguno la necesidad de la autorización; sería un precepto ridículo ó i lusorio,

El Código contiene en este punto una excepción, que es una ley especial que deroga la general sobre la personalidad del tutor. Éste representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, como declara el art. 262 del Código, por la sola circunstancia del cargo de tutor; mas este principio general se halla restringido por el del núm. 12 del 269 para el caso concreto de la representación ante los Tribunales, en el que requiere de un modo ineludible la autorización del consejo. No es siquiera una limitación de la personalidad del tutor: es que dicha personalidad ó representación no existe, porque no puede demandar si no ha sido autorizado. El caso que nos ocupa sería el mismo de una Sociedad cuyo reglamento dispusiere que para entablar un litigio, el Presidente había de obtener la oportuna autorización, bien de la Junta directiva, bien de la general. Claro es que el Presidente llevaría la representación de la Sociedad en todos los actos extrajudiciales y necesarios para el cumplimiento de los fines de ésta, pero no lo es menos que si promovía un pleito sin la autorización debida habría lugar á proponer la excepción dilatoria de falta de personalidad, porque el Presidente no ostentaba en tal momento la citada representación, ya que para este efecto no le bastaba su carácter, sino que necesitaba, además, la mencionada autorización. Abundando en estos mismos razonamientos, si llegado el caso de un litigio de los que exigen el acuerdo favorable del consejo, el tutor otorgase poder

(1) Conjunto de cualidades que constituye la manera de ser de una persona ó cosa. Lo que constituye el estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para entrar en un cargo ó jerarquía. Condición ó requisito que se pone en un contrato.

especial para *sólo* aquel pleito sin hacer constar en el mismo la concesión de la autorización, y tampoco se consignase en la demanda, ó se acreditare con el testimonio correspondiente, cabría alegar la excepción dilatoria del núm. 3.° del art. 531 de la repetida ley Procesal por insuficiencia del poder.

Estudiemos ahora la segunda y la última instancia, ó sea los recursos de apelación y casación. ¿En qué momento y trámite de los mismos ha de acreditarse el otorgamiento de la autorización? ¿Ha de ser precisa respectivamente en el escrito interponiendo la apelación, y en el que se manifieste la intención de formular el recurso de casación y se pida la certificación literal de la sentencia? Contestamos con una negación por varias razones. La primera es la imposibilidad de que así sea por causa de la premura del tiempo. Según el art. 382 de la ley de Enjuiciamiento, el término para la apelación de toda sentencia definitiva es el de cinco días. Compréndese con esta sola indicación que ha de ser muy difícil por no decir imposible en la mayoría de los casos que en plazo tan breve se reúna el consejo de familia, acuerde lo conveniente y se interponga la apelación. El legislador, temiendo acaso esto, dice en el artículo, no interponer, sino «sostener» los recursos de apelación y de casación. Los términos en que se halla concebido el precepto es, pues, el segundo fundamento de nuestra afirmación. Sostener es apoyar, defender una cosa, y éste es el valor que en el lenguaje judicial se da á dicha palabra. Se dice «ha sostenido el recurso el letrado tal,» queriendo dar á entender que lo ha defendido. No es éste, sin embargo, en nuestro sentir, el trámite á que debe referirse la ley, y hacemos constar que hemos alegado tal razonamiento para demostrar que no hacía tampoco referencia al de la interposición. Según nuestro criterio, la autorización del consejo de familia debe acreditarse en el período en que se ha de decidir en definitiva si se ha de *sostener ó no* la apelación ó la casación. ¿Cuál es dicho período? La ley de Enjuiciamiento civil nos lo revela bien á las claras: el artículo 840 de la misma dice que «todo apelante debe personarse *en forma* ante el Tribunal superior dentro del término del emplazamiento. Si no lo verifica—añade el artículo—así que transcurra dicho término, se declarará desierto el recurso, sin necesidad de que se acuse rebeldía, y de derecho quedará firme la sentencia ó auto apelado, sin ulterior recurso.» Este es el momento

decisivo de la apelación; hasta él, todo es provisional, pero si en tal instante no se persona el apelante, la sentencia queda firme. Al personarse tiene que hacerlo *en forma*, y aunque esta palabra atañe á requisitos distintos del de la autorización, es indudable que siendo éste uno de ellos exigido por una ley tan importante como el Código, debe cumplirse, porque si lo omite no se persona *en forma*, es decir, guardadas todas las formalidades que la ley exija, cualquiera que sea ésta. Entendemos, por tanto, que si bien será conveniente procurar, siempre que sea posible, que al escrito interponiendo la apelación acompañe el testimonio justificativo del otorgamiento de la autorización del consejo, en rigor, y con sujeción estricta á la naturaleza propia de la apelación, debe ser presentada en el momento de personarse ante el Tribunal superior.

Igual criterio tenemos respecto del recurso de casación. Estimamos que no es necesario que el testimonio de haber obtenido la autorización del consejo se presente con el escrito solicitando se expida la certificación de la sentencia. Creemos que debe considerársele como un documento más de los que, según el artículo 1.718 de la ley Procesal, han de acompañar al escrito formalizando el recurso. Para comprender la certeza de lo expuesto basta exponer algunas consideraciones sencillas, análogas á las consignadas al hablar de la apelación. El escrito solicitando la certificación de la sentencia tiene como objeto principal el de que la parte interesada pueda examinar aquélla para ver si cree ó no procedente la interposición del recurso. El tiempo que media entre el escrito manifestando voluntad de acudir á la Superioridad y la interposición es un período neutro, por decirlo así, destinado al estudio del asunto por el supuesto recurrente. Sería impropio exigir á éste la autorización del consejo, cuando no se sabe si va ó no á formular el recurso, constituyendo, no ya una impropiedad, sino una incongruencia cuando desistiere de él. Por otra parte, como sucede en la apelación, este es el momento decisivo del recurso. Si durante el término legal no se interpone, queda firme la sentencia, y no podrá ya admitirse.

Un grave defecto encierra, según nuestra opinión, el número que estudiamos. Preceptúa que el tutor obtenga autorización sólo cuando vaya á tener el carácter de actor, no en el caso de que sea demandado, que es precisamente donde puede existir más

peligro para el menor ó incapacitado. Si un tutor entabla una demanda (aun en el supuesto de que pudiese hacerlo por sí) creyendo que es procedente, y en el curso del pleito adquiere la convicción de que es temeraria, puede desistir de la acción, y los perjuicios para su representado, siempre sensibles, no serán irreparables por limitarse á los gastos del litigio. Pero si el tutor es demandado en representación del menor ó incapaz y se allana injustamente á la demanda por ignorancia ó mala fe, ¿quién evita al menor ó incapacitado las consecuencias, acaso irremediables, del acto del tutor? Desconocemos los motivos que hayan podido inducir al legislador español para no extender el requisito de la autorización al caso de que el tutor sea demandado. Es tanto más de lamentar este silencio cuanto que algunos Códigos extranjeros contienen tal precepto, al menos para determinados casos. El francés dice en su art. 464 que «ningún tutor podrá entablar demandas relativas á los derechos que sobre bienes inmuebles correspondan al menor, ni aquietarse (allanarse) á las referentes á los mismos derechos, sin autorización del consejo de familia.» El Código mejicano encierra un precepto equivalente, pues exige la autorización judicial, declarando en su artículo 630 que «para conformarse el tutor con la demanda entablada con el menor sobre propiedad de bienes muebles, preciosos, bienes raíces ú otro derecho real, cualquiera que sea su cuantía, se necesita el consentimiento del curador y la autorización judicial.»

¿Hay algunos otros casos á más de los señalados en el artículo 269 en los que el tutor, por declaración expresa del Código, necesite la autorización del consejo de familia? Existe uno: el del número 4.º del art. 275, ó sea la compra de bienes del menor ó incapacitado. Así lo dice este último artículo, contradiciendo el precepto del 1.459, sobre cuya contradicción expondremos lo oportuno en el comentario del art. 275.

Este número del artículo se ocupa solo del caso del tutor, pero sabido es que cuando los intereses de éste se hallan en oposición con los del menor ó del incapacitado, el protutor, según lo dispuesto en el inciso segundo del art. 236, es quien representa al sujeto á tutela. Si el protutor tiene que promover pleito contra el tutor, ¿necesitará la autorización del consejo? El art. 269 habla únicamente del tutor, no refiriéndose al protutor. Por este silen-

cio creemos que no le alcanza el requisito del artículo; pero si su cumplimiento no es forzoso, lo consideramos en extremo conveniente.

Respecto del artículo en general no puede menos de reconocerse que, si no reúne el mérito de la originalidad, pues sus diversos casos ó casi todos ellos se encuentran consignados en los Códigos extranjeros, ofrece la circunstancia de ser eminentemente práctico al condensar en un artículo los preceptos que en esos mismos Códigos aparecen esparcidos en diversos artículos. El legislador español ha hecho en este punto cuanto de él dependía para dar forma adecuada á lo ya existente. (Apéndice núm. 1.° *Juicio arbitral.*)

ART. 270. El consejo de familia no podrá autorizar al tutor para enajenar ó gravar los bienes del menor ó incapacitado sino por causas de necesidad ó utilidad, que el tutor hará constar debidamente.

La autorización recaerá sobre cosas determinadas.

Concordancias.—Análogo al art. 229 del proyecto de Código de 1851, é igual al 236 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES (1).—*Fuero Viejo, lib. V, tit. IV, ley* 2.ª—Por tres cosas pueden vender los guerfanos: por gouierno, ó por debda de padre, ó de madre, ó por pecho de Rey. Por estas tres cosas sobredichas, *pueden vender suos bienes* los que ouieren guardador, e si non ouieren guardador, la justicia deve prendar al pariente mas cercano para que venda de suos bienes para comprir esto... e si por cualquier destas tres cosas sobredichas fueren vendidos algunos de los bienes de los guerfanos, develos vender aquel que los touier en guarda con conseio del Alcalle; é la venta que ansí fuer fecha á aquel que mas dier, porque lo de los guerfanos fuer vendido, quier sea mueble, quier raiz deve valer.

(1) Téngase en cuenta lo manifestado en igual epígrafe del artículo 261.

Part. 5.ª, *tit. V, ley* 4.ª—*Tutores*, son llamados en latin los que son guardadores de los menores de catorce años: e estos tales non deuen enagenar las cosas de los huerfanos; fueras ende, quando les fuesse tan gran meester, que podrian al fazer, ó por gran pro dellos: e estonce se ha de fazer con muy grand sabiduria, e con otorgamiento del juez del logar...

Part 6.ª, *tit. XVI, ley* 18. (*Véase Precedentes legales, art.* 269, *número* 5.º)

Ley de Enjuiciamiento civil.—Art. 2.012. Para decretar la venta será necesario:

4.º Que se justifique la necesidad ó utilidad de la enajenación.

ART. 271. El consejo de familia, antes de conceder autorización para gravar bienes inmuebles ó constituir derechos reales á favor de terceros, podrá oir previamente el dictamen de peritos sobre las condiciones del gravamen y la posibilidad de mejorarlas.

Concordancias.—Igual al art. 237 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 272. Cuando se trate de bienes inmuebles, de derechos inscribibles, ó de alhajas ó muebles cuyo valor exceda de 4.000 pesetas, la enajenación se hará en pública subasta con intervención del tutor ó protutor.

Los valores bursátiles, así los públicos como los mercantiles ó industriales, serán vendidos por agente de Bolsa ó corredor de comercio.

Concordancias.—Análogo al art. 232 del proyecto de Código de 1851, é igual al 238 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 3.ª, *tít. XVIII, ley* 60.—Porque las cosas de los huerfanos, que son rayz, non se pueden ligeramente enagenar, fueras ende por debda, o por grand pro de los huerfanos, assi como mostramos en el Titulo que fabla dellos; e aun estonce deuese fazer con otorgamiento del Juez del lugar andando la *cossa publicamente en almoneda treinta dias;* por ende queremos mostrar, en que manera deue ser fecha la carta de tal vendida, porque el comprador pueda ser seguro de lo que comprare, e el Guardador del huerfano se guarde de yerro: e dezimos, que deue ser fecha desta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Fulano, Guardador de Fulano huerfano, delante de tal Juzgador mostro, como este huerfano deuia tantos marauedises á Fulano, assi como parecio por vna carta publica fecha por mano de tal Escriuano. E porque el menor non pudiesse caer en daño (porque lo graua aquella debda; e ouiesse a pechar pena que fuesse puesta sobre ella a plazo sabido; o porque gela demandauan muy afincadamente, ouo menester de vender tal casa, o tal viña, que anduuo en almoneda treinta dias; assi como se muestra por la carta que fue fecha en razon de almoneda. E porende el Guardador del susodicho, con otorgamiento e con mandato del Juez, vende tal casa, o tal heredad, en nome del huerfano que tiene en guarda, a tal ome recibiente por si, e por sus herederos, por juro de heredad por siempre jamas, la qual casa es en tal lugar, e ha tales linderos. E dende adelante deue escreuir todas las cosas que de suso diximos en la primera carta, que muestra como deuen fazer la carta de la vendida. Pero en el lugar, o fabla del precio porque es vendida la cosa, deue dezir assi: que la vende el Guardador del huerfano por precio de tantos marauedis, que fue pagado al Guardador delante el Escriuano, e de los testigos que son escritos en la carta. E otrosi el Guardador luego delante dellos mismos fizo pagamiento de la debda que el huerfano deuia, a aquel que la auia de recebir: e otorgose por pagado della, dandole, e entregandole la carta cancelada del debdo que hauia sobre el huerfano. Otrosi deue dezir en la carta, en el lugar do dize que el vendedor obliga sus bienes e los de sus herederos, al comprador, que obliga los del huerfano e de sus herederos, e non los del Guardador, nin de los suyos. E sobre todo deue dezir en fin de la carta, como el Judgador, vista la carta en que fuera este atal dado por Guardador del huerfano, e otrosi la del debdor que

deuia, a todas estas cosas, que sobredichas son, dio su otorgamiento. Otrosi dezimos, que si el huerfano ha alguna cosa de que se non aproueche mucho, e el Guardador la vende por comprar otra de que se aproueche mas; que en ambas las cartas, tambien en la de la vendida como en la de la compra, deue dezir la razon por que las fazen, e como son fechas con otorgamiento, e con mandado del Judgador. Ca de otra guisa non valdria lo que fiziessen en esta razon. E en esta manera misma, e por estas razones deuen ser fechas las cartas, que ouieren de fazer, de las vendidas que fizieren los Guardadores de los bienes de los mudos, e de los sordos, e de los desmemoriados, e de los desgastadores de lo suyo, quando vendieren alguna cosa de qualquier dellos, que ser rayz.

Ley de Enjuiciamiento civil.—Art. 2.015. La autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo, si se tratare de bienes comprendidos en alguno de los números 1.º, 3.º ó 4.º del artículo 2.011 (inmuebles, derechos de todas clases, alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo).

Art. 2.022. Los valores expresados en el núm. 2.º del artículo 2.011 (efectos públicos y valores de toda especie, sean al portador ó nominativos) se enajenarán siempre por medio de agente ó corredor de Bolsa que nombre el Juez y al precio de la cotización oficial. Si no se cotizaren en Bolsa, se venderán con las formalidades establecidas en los artículos que preceden para la venta de los inmuebles.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 270, 271 y 272.—La causa que sirvió de fundamento á la legislación derogada para permitir la venta ó gravamen de los bienes de los sujetos á tutela, es la que acepta hoy también la vigente para el mismo objeto, á saber: la necesidad ó utilidad de la enajenación ó gravamen, causa ésta de carácter universal, admitida por los Códigos de todas las naciones. Así, el Fuero Viejo (libro quinto, tít. IV, ley 2.ª) permitía vender los bienes de los huérfanos, «por gobierno, deuda del padre ó de la madre ó pecho del Rey.» Las Partidas, «quando les fuesse tan grand menester que non pudiessen al fazer, ó por grand pro dellos» (ley 4.ª, tít. V, Part. 5.ª), y «por pagar las debdas

que ouiesse dejado el padre del huérfano, ó por casar alguna de las hermanas del moço, ó por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha que lo ouiesse de fazer» (Part. 6.ª, tít. XVI, ley 18). Por último, la ley de Enjuiciamiento civil, en el núm. 4.º de su artículo 2.012, exigía como requisito indispensable para decretar la venta la justificación de su necesidad ó utilidad.

La identidad que existe, según hemos visto, entre ambas legislaciones (la antigua y la moderna) en cuanto á los requisitos internos, si vale la frase, de la venta ó gravamen de los bienes de los menores ó incapacitados, desaparece respecto de los externos ó formales, particularmente del relativo á la persona ó entidad que ha de conceder la autorización. La citada ley 2.ª, título IV, libro quinto del Fuero Viejo ordenaba que había de facerse la venta «con conseio del Alcalle;» las Partidas, en las leyes antes mencionadas, «con otorgamiento del Juez del lugar,» precepto igual al de la ley de Enjuiciamiento civil. El Código se ha apartado de este precedente y sustituído la autorización judicial por la del consejo de familia. En esta materia sigue á los Códigos extranjeros; pero no en absoluto, puesto que éstos, belga, francés é italiano (y lo mismo nuestro proyecto de 1882), exigen que el acuerdo del consejo de familia sea confirmado por la autoridad judicial.

En cuanto al requisito de la subasta establecido por la ley 60, título XVIII, Part. 3.ª, nuestro Código reproduce en parte la doctrina del párrafo 1.º del art. 2.015 de la ley Procesal al exigirlo cuando se trate de bienes inmuebles, derechos reales y alhajas cuyo valor exceda de 4.000 pesetas. Decimos en parte, porque la indicada ley no señalaba valor alguno á los bienes como línea divisoria entre la subasta ó simple venta de los mismos, bastando que fuesen de alguna de las clases mencionadas.

La autorización ha de concederse—según el art. 270—por causas de necesidad ó utilidad. Son éstos, especialmente el último, conceptos relativos, no absolutos, referentes á cuestiones de hecho difíciles de particularizar, pues dependen de las circunstancias de los diversos casos que puedan presentarse, y respecto de los que no es fácil establecer reglas concretas. Sin embargo, como causas de la índole expresada, pueden citarse la redención del servicio militar del menor, la obtención de un título académico, gasto de enfermedades, pago de un préstamo, cancelación

de hipoteca ú otro derecho real, etc. La autorización ha de ser especial, es decir, para enajenar ó gravar determinados bienes, aquellos cuyos venta y gravamen solicite el tutor en cada caso, no general ó concedida en términos absolutos para venderlos ó imponer gravámenes sobre ellos en cualquier instante y respecto de todos.

El artículo habla del gravamen de *los bienes* del menor ó incapacitado, sin distinguir entre ellos, de modo que dadas estas palabras, no se limita á la hipoteca, sino á todos los derechos reales y á la prenda cuyos requisitos y efectos esenciales son iguales á los de aquélla, según determinan los artículos 1.857 al 1.862 del Código.

Deseando, sin duda, el legislador garantir en lo posible el buen acierto del consejo de familia en sus acuerdos tocante al extremo que nos venimos ocupando, manifiesta en su art. 271 que antes de otorgar la autorización para gravar bienes inmuebles ó constituir derechos reales á favor de terceros (aquí no se refiere ya, como en el artículo anterior, á toda clase de bienes, sino á una sola de ellos) podrá oir el dictamen de *peritos* sobre las condiciones del gravamen y posibilidad de mejorarlos. Emplea el Código en este artículo la palabra «peritos» cuando en el 274, refiriéndose á la autorización para transigir, usa la de «letrados,» pero esta diferencia no supone una equivocación del legislador, sino que obedece á la naturaleza de los actos diversos que comprenden cada uno de los artículos. El 274 habla de la autorización para transigir ó comprometer en árbitros, esto es, los actos *judiciales;* de modo que los llamados naturalmente á emitir su dictamen sobre la conveniencia de la celebración ó no celebración de dichos actos, son los que ejercen la profesión de defender los derechos de los particulares ante los Tribunales. El 271 se ocupa del gravamen de bienes inmuebles y de la constitución de derechos reales á favor de terceros, es decir, de actos *extrajudiciales*, para cuya aprobación, mejor dicho, para la determinación de las ventajas ó inconvenientes de los mismos, puede oirse, tanto el dictamen de un letrado, como el de un notario, y aun el de un arquitecto ó ingeniero, para fijar el valor de la finca ó fincas y determinar en su vista el importe del préstamo ó gravamen.

Establece el art. 272 en su primer párrafo una regla general ordenando que cuando se trate de bienes inmuebles ó derechos inscribibles, cualquiera que sea su valor, ó de alhajas ó muebles

en el que éste excede de 4.000 pesetas, la venta se hará en subasta pública con intervención del tutor y protutor.

No determina el Código la clase de la subasta, esto es, si ha de ser judicial ó extrajudicial, de donde se deduce que podrá celebrarse en una ó en otra forma, ya que es lícito hacer lo que la ley no prohibe, y además porque la de Enjuiciamiento civil concede el derecho de verificar la judicial, siempre que concurran los requisitos que la misma marca en sus artículos 2.048 al 2.055 que transcribiremos en el apéndice respectivo.

Esto respecto de la venta de los bienes ó de los derechos reales. Respecto de los que se hallen gravados, existen preceptos diversos según la naturaleza del derecho á que se encuentren afectos. Así, respecto de la hipoteca, la venta se hará con las formalidades que establece la ley de Enjuiciamiento civil, en la vía de apremio del juicio ejecutivo, artículos 1.489 y siguientes (subasta pública). Si fueren muebles, y en igual caso, con arreglo á los artículos 1.483 al 1.489 de la misma ley (subasta), y si fuesen valores de comercio ó endosables ó títulos al portador emitidos por el Gobierno ó las Sociedades, conforme á lo preceptuado en el 1.482 (por agente ó corredor designado por el Juez).

Esto en el caso de que se haya entablado la reclamación judicial. Si esto no ha tenido lugar, la venta de los bienes gravados podrá hacerse en esta forma: la de los inmuebles en subasta voluntaria judicial, si así se ha establecido en el contrato respectivo; la de los dados en prenda, en subasta pública ante Notario, con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso, pudiendo celebrar una segunda con iguales formalidades que la primera, si ésta no hubiese dado resultado, y en caso de no enajenar la prenda, quedarse con ella, según declara el art. 1.872 del Código civil, y en la anticresis (art. 1.884 del Código), en la forma que determina la ley de Enjuiciamiento, ó sea en subasta pública judicial. Todo lo expuesto, en el caso de que no se haya realizado la obligación á cuyo cumplimiento se encontrasen afectos los bienes del menor.

En cuanto á los valores bursátiles, tanto los de carácter público, ó emitidos por el Gobierno español ó Gobiernos extranjeros, como los de carácter privado ó propiamente industriales y mercantiles declarados cotizables, han de ser vendidos, con arreglo al párrafo 2.° del art. 272, por agente de Bolsa ó corredor de

comercio. Qué valores pueden ser cotizados en estos establecimientos; qué requisitos han de observarse en las llamadas operaciones de Bolsa; qué carácter y facultades y obligaciones tienen los agentes y corredores, son extremos que enumera el Código de Comercio y que expondremos, por esta razón, en un apéndice.

Pero lo que sí hemos de consignar desde luego es que el requisito que exige el párrafo 2.° del art. 272 no tiene un valor meramente externo; no significa el cumplimiento de una simple formalidad; su valor es intrínseco, puesto que lleva consigo una gran transcendencia en los efectos civiles del contrato que se celebre. Aparte de que la venta sin intervención de agente de Bolsa ó corredor sería nula, en atención á lo dispuesto en el art. 4.° del Código, puesto que constituiría un acto contra ley, hay que tener en cuenta que los agentes de Bolsa, según el art. 104 del Código de Comercio, son responsables civilmente por los títulos ó valores industriales que vendieren después de hecha pública por la Junta sindical la denuncia de dichos valores como de procedencia ilegítima. No sólo esto: lo importante es que son *irreivindicables* los valores negociados con intervención de agente ó corredor, es decir, que no puede dirigirse la acción reivindicatoria contra el poseedor de cualquiera de dichos valores que los haya adquirido con las formalidades legales, ó sea con la citada intervención. Así lo establece la ley especial sobre la materia, corroborada y confirmada su disposición por la doctrina del Tribunal Supremo.

En efecto, el art. 1.° de la ley de 30 de Marzo de 1861 dice que «no están sujetos á reivindicación los efectos al portador expedidos por el Estado ó por las Corporaciones administrativas, ó por las Compañías autorizadas para ello, siempre que hayan sido negociados en Bolsa con las formalidades legales, á no ser el caso de mala fe probada en el comprador, y salvo las acciones civiles y criminales que procedan contra la persona ó personas responsables de los actos por los cuales haya sido el propietario desposeído de los expresados valores.» Igual disposición contiene la ley de 29 de Agosto de 1873 en su art. 1.°, puesto que declara que «no estarán sujetos á reivindicación los efectos al portador expedidos por el Estado, por las Corporaciones administrativas ó por las Compañías autorizadas para ello, siempre que, con las formalidades legales, hayan sido negociados en Bolsa, donde

la hubiese, y donde no, interviniendo en la operación un Notario público ó un corredor de comercio.»

Corroboran esta doctrina, según hemos manifestado antes, dos sentencias, las de 11 de Julio y 22 de Noviembre de 1881, cuyo contenido expondremos á continuación. Declara la primera que, «si en la sentencia recurrida se reconoce, apreciando las pruebas practicadas en el pleito, que el demandante ha probado los extremos que han servido de fundamento á la demanda, y que los demandados adquirieron las obligaciones del Estado sobre productos de aduanas, objeto de aquélla, por compra que hicieron á un tercero sin la intervención de Agente de cambio fuera del local de la Bolsa; como las referidas obligaciones son efectos públicos al portador, y los de esta clase sólo están libres ó no sujetos á la reivindicación, con arreglo á la ley de 29 de Agosto de 1873, siempre que con las formalidades legales hayan sido negociados en Bolsa, donde la hubiere, ó donde no, interviniendo un Notario público ó un corredor de cambio, es evidente que no alcanza aquella excepción á los que se hayan negociado sin las garantías que, como necesarias para que exista, la ley citada determina, y que los demás quedan subordinados á las disposiciones del derecho común que concede la acción reivindicatoria al que pruebe que tiene el dominio de lo que reclama.»

La segunda (22 de Noviembre de 1881) contiene dos considerandos aplicables á la cuestión que estudiamos. En el uno dispone que, «según el art. 1.º de la ley de 30 de Marzo de 1861, con la adición hecha por la de 29 de Agosto de 1873, no están sujetos á reivindicación los efectos al portador expedidos por el Estado, ó por las Corporaciones, ó por las Compañías autorizadas para ello, siempre que con las formalidades legales hayan sido negociados en Bolsa, donde la hubiese, y donde no, interviniendo en la operación un Notario público ó un corredor de cambio, lo cual demuestra que la prescripción legal de que dichos efectos hayan sido negociados en Bolsa para que no sean reivindicables no significa que necesariamente haya de hacerse la operación en el local de la Bolsa, sino que se verifique con intervención del Agente ó funcionario público que la misma ley designa, y con las demás formalidades legales que han de servirle de garantía y le dan la solemnidad y el carácter de operación de Bolsa.» Expresa en el otro que «resultando de autos que dos préstamos

hechos por el Monte de Piedad con garantía de los 114 billetes hipotecarios del Banco de España, reclamados por el de Fomento como de su propiedad, fueron realizados con intervención de Agente y con las demás formalidades legales que les da el carácter de operaciones de Bolsa, por lo cual ha de considerarse como negociados en Bolsa para los efectos de las leyes antes citadas, y no están, por tanto, sujetos á reivindicación, si no se alega que el Monte de Piedad los hubiera recibido de mala fe, único caso que exceptúa la ley de 1861; al condenar al Monte de Piedad á que entregue y restituya al Banco de Fomento y de Ultramar en liquidación los expresados efectos al portador, ó su importe al precio de cotización, las estima reinvindicables contra la prescripción de dichas leyes, las cuales quedan infringidas.»

Como se desprende de estas sentencias, importa verificar siempre las operaciones de Bolsa con todas las solemnidades legales, consejo que nos permitimos dar á nuestros lectores á fin de evitar en lo posible las consecuencias inherentes á todo pleito, no disculpable cuando se omiten los medios que la ley ofrece para que no surja aquél.

Para terminar, diremos que la doctrina de los tres artículos es reflejo de la consignada en diversos Códigos extranjeros, aunque modificada en alguno de sus puntos. El francés la desarrolla en sus artículos 457, 458 y 459, que dicen así:

«Art. 457. El tutor, aunque tengan este carácter el padre ó la madre del menor, no puede recibir cantidades prestadas en nombre y beneficio del pupilo, ni vender é hipotecar sus bienes inmuebles, sin que preceda á estos actos una autorización del consejo de familia. Esta autorización no se dará nunca si no reconoce por causa una necesidad absoluta ó una utilidad evidente. En el primer caso, el consejo de familia no concederá su autorización sino después de haberse hecho constar, en cuenta sumaria presentada por el tutor, que el dinero, muebles y rentas del menor no bastan á cubrir sus necesidades. El consejo de familia indicará en todo caso los bienes y muebles que hayan de venderse con preferencia y todas las demás condiciones que considere oportunas.

Art. 458. Los acuerdos del consejo de familia que se refieran á este objeto, no se ejecutarán sino después de haber pedido y obtenido el tutor su confirmación ante el Tribunal de primera instancia: éste resolverá en pleno y previo dictamen fiscal.

Art. 459. La venta se hará en pública subasta, presidida por un miembro del Tribunal de primera instancia, ó por un notario comisionado al efecto, debiendo presenciarla el tutor sustituto; á ella deberá preceder edictos fijados durante tres domingos consecutivos en los sitios de costumbre del distrito. Cada uno de estos edictos será firmado y visado por el Alcalde de la municipalidad en cuyo término se fije.»

En cuanto á los bienes muebles, el art. 452 prescribe que se vendan al mes de concluído el inventario en subasta pública. Respecto de los valores mobiliarios, la ley de 28 de Febrero de 1880 dispone, con referencia al art. 452, que se han de vender con la autorización del consejo de familia y si son bursátiles con intervención de un agente de cambio.

El portugués consigna en el núm. 16 del art. 224, como una de las atribuciones del consejo de familia, la de autorizar al tutor para contraer empréstitos, prestar dinero del menor é hipotecar los bienes inmuebles en casos de urgente necesidad ó de utilidad reconocida.

Los Códigos guatemalteco y mejicano contienen también idéntica doctrina, con la diferencia ya conocida de exigir la autorización judicial, pero no la del consejo de familia, entidad no admitida en los mismos. «Los bienes inmuebles, los derechos anexos á ellos, y los muebles preciosos—dice el art. 373 del Código de Guatemala—no pueden ser gravados ni enajenados por el tutor sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad del menor, debidamente justificadas y previa la autorización judicial. «La justificación de que habla este artículo—añade el 374—debe verificarse por medio de dos expertos en la materia de que se trate (precepto análogo al del 271 de nuestro Código). La venta de los inmuebles del menor, dice el 376 que se hará en subasta pública y judicial bajo pena de nulidad; en la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el Juez decidirá si conviene ó no la almoneda, pudiendo disponerla, acreditada la utilidad del menor. En cuanto al de Méjico, sus artículos 613 y 615 son exactamente iguales al 373 y 376 del de Guatemala, circunstancia que nos excusa de insertarlos. De este ligero estudio comparativo se desprende que el Código español ha seguido al de las dos repúblicas hispano-americanas, especialmente al de Guatemala. (Apéndice núm. 2.° *Subasta judicial. Venta de efectos públicos.*)

ART. 273. El tutor responde de los intereses legales del capital del menor cuando, por su omisión ó negligencia, quedare improductivo ó sin empleo.

Concordancias.—Análogo al art. 228 del proyecto de Código de 1851, é igual al 239 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Carece el artículo de precedentes expresos, pero su precepto constituía ya doctrina legal antes de la publicación del Código, establecida por sentencia de 10 de Marzo de 1858, confirmada por la de 18 de Junio de 1881. Consigna, en efecto, la primera que «el tutor está obligado á mirar por los intereses del menor con celo y diligencia, conservando los bienes, no sólo con seguridad, sino de un modo productivo, *y si por descuido ó culpa suya dejan éstos de redituar, es aquél responsable de los intereses.*» La segunda corrobora este precepto de una manera indirecta al declarar que «no es estimable el recurso en que para alegar infringidas diversas leyes y *doctrina consignada por el Tribunal Supremo, según la que*, obligados *los guardadores* á velar por los intereses de los huérfanos con la diligencia de un buen padre de familia, empleando sus bienes de un modo productivo, *son responsables de sus intereses si por descuido ó culpa no los hubiese*, si para citarlas como infringidas se hace supuesto de la cuestión.»

El equivalente al precepto se encuentra también establecido en el Código de Guatemala, artículos 371 y 372, cuyo tenor es el siguiente: «El dinero (art. 371) que resulte sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de pago de capitales ó de venta de bienes, y el que se adquiera de cualquier otro modo, será impuesto por el tutor, previa aprobación por el Juez, en el Banco Nacional, ó bajo segura hipoteca, según sus circunstancias, dentro de treinta días contados desde el momento en que se hayan reunido trescientos pesos. Al rendirse cuentas (art. 372) no será excusa admisible para imputar intereses la manifestación de no haber encontrado el tutor establecimiento ó persona competente en quien imponer el dinero de que habla el artículo anterior.»

El artículo no envuelve en realidad cuestión de derecho, sino de hecho, como quiera que lo que precisa demostrar en su caso es la omisión ó negligencia del tutor. Concepto es éste (el de la omisión ó negligencia) demasiado vago, de carácter siempre general, y difícil, por ello, de concretar é individualizar, según se desprende del art. 1.104 del Código (único que contiene un precepto sobre la materia que nos ocupa), que define la culpa ó negligencia del deudor, como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación, y corresponde á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, requiriéndose, cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse, la que corresponda á un buen padre de familia. Esta es, indudablemente, la que cabe exigir al tutor, puesto que el número 3.° del art. 264 declara obligado al tutor á administrar el caudal de los menores é incapacitados *con la diligencia de un buen padre de familia.*

El tutor, conforme al artículo, responde del interés legal (6 por 100 anual, según el párrafo 2.° del art. 1.108) cuando el capital del menor, por su omisión ó negligencia, quedare improductivo ó sin empleo, es decir, que basta que el capital del menor produzca un interés metálico por pequeño que sea, y en especies (trigo, etc.), para que no alcance al tutor la sanción del artículo.

Difícil es, como hemos dicho antes, precisar todos los casos particulares en que el tutor podrá incurrir en responsabilidad por su omisión ó negligencia; pero es dable señalar alguno en el que estas circunstancias aparezcan de un modo evidente. Nos referimos con estas palabras al comprendido en el núm. 6.° del artículo 269, que obliga al tutor á obtener la autorización del consejo de familia para colocar el dinero sobrante en cada año después de cubiertas las atenciones de la tutela. Conforme al mismo, si el tutor no solicita esa autorización, y por esta causa el remanente permanece sin emplear, ó aun mejor, si obtenida la autorización para su empleo deja transcurrir el plazo legal sin verificar éste, es indudable, al menos así lo entendemos nosotros, que el tutor responderá en estos casos de los intereses legales del capital, puesto que la esterilidad de éste, si vale la frase, depende de su omisión ó negligencia. Lo mismo sucedería en el caso de que durante el año, y antes de la rendición de cuentas, el caudal

del menor recibiera un aumento por venta de finca, herencia, donación ó cualquier otro título, ya oneroso, ya lucrativo, y el tutor observare igual conducta que la acabada de indicar. Sólo sería excusable cuando tratándose de compra, de ventas ó de celebración de un préstamo, por ejemplo, obedeciese á circunstancias ajenas á su voluntad, como cancelación de un censo, deficiencia de títulos y cualquiera otra de índole análoga.

De las consideraciones acabadas de exponer se deduce que la responsabilidad que el artículo impone á los tutores, puede muy bien venir á recaer sobre los vocales del consejo de familia. Tal sucedería cuando, en los mismos casos citados, el tutor solicitase la oportuna autorización del consejo de familia, y éste retardase por omisión ó negligencia la concesión de ella. En este supuesto, creemos que tendrían aplicación el precepto particular del párrafo primero del art. 312 que establece que «los vocales del consejo de familia son responsables de los daños que por su malicia ó *negligencia* sufriese el sujeto á tutela,» y el general, consignado en el 1.101, de que «quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia ó morosidad.»

Como última consideración, expondremos que, tratándose de una cuestión de hecho referente al ejercicio de la tutela, deberá probarse (en caso de litigio) por el que estuvo sujeto á ella, ejercitando la acción correspondiente dentro de los cinco años siguientes á la conclusión de las mismas, conforme á lo dispuesto en el art. 287.

ART. 274. La autorización para transigir ó comprometer en árbitros deberá ser pedida por escrito, en que el tutor exprese todas las condiciones y ventajas de la transacción.

El consejo de familia podrá oir el dictamen de uno ó más letrados, según la importancia del asunto, y concederá ó negará la autorización. Si la otorgare, lo hará constar en el acta.

Concordancias. — Análogo á los artículos 248 á 250 del proyecto de Código de 1851, é igual al 240 del de 1882, menos en el párrafo segundo, que declara que «el consejo de familia oirá el dictamen de uno ó más letrados, según la importancia del asunto, y concederá ó negará la autorización. Si la otorgare, la hará constar en *instrumento público*.»

PRECEDENTES LEGALES. —*Ley de Enjuiciamiento civil, artículo* 2.025. (*Véase art.* 269, *Precedentes legales, núm.* 12.)

Art. 2.027. Si para demostrar la necesidad de la transacción fuera necesaria ó conveniente la justificación de algún hecho, ó la práctica de alguna diligencia, las acordará el Juez, y se llevarán á efecto con citación del Promotor fiscal.

COMENTARIO.—El Código exige para la solicitud de la autorización para transigir ó comprometer en árbitros un asunto, los mismos requisitos que preceptuaba el párrafo segundo del artículo 2 025 de la ley de Enjuiciamiento civil. Precisa que se haga por escrito y que en éste se expongan las condiciones y ventajas de la transacción ó del compromiso (el Código dice sólo de la transacción). El consejo de familia, antes de otorgar ó no la autorización, puede oir el dictamen de uno ó varios letrados.

Expresa el artículo en su último párrafo que si el consejo concede la autorización, lo hará constar en el acta, de donde parece deducirse que si la niega no es necesario consignarlo, pero en nuestro entender, el cumplimiento de este requisito es obligatorio en todos los casos, ya sea afirmativa ó negativa la resolución del consejo de familia. Conforme al art. 311, al terminar la tutela, el consejo de familia entregará al menor ó á quien represente sus derechos, las actas de sus sesiones: el núm. 2.° del art. 304 determina que corresponde al presidente de dicho consejo redactar y fundar sus acuerdos, haciendo constar la opinión de cada uno de los vocales, y que éstos autoricen el acta con su firma; luego si de cada sesión debe redactarse un acta y en ella exponer y fundar sus acuerdos, es natural que constarán todos, cualesquiera que sean. Sería un absurdo que después de consignarse en el acta de la sesión que se había discutido sobre la conveniencia de una transacción, se omitiese la resolución ó acuerdo del consejo porque

éste fuese desfavorable, como parece desprenderse de las palabras del artículo.

Dicho esto respecto del artículo en general, nos ocuparemos por separado de cada uno de los dos particulares que comprende, esto es, de la transacción y del compromiso arbitral.

De la transacción como contrato tratan los artículos 1.809 al 1.819 del Código, á los que nos referimos, mencionando sólo el 1.817 para estudiar una importante cuestión. Dice éste en su párrafo primero que la transacción en que intervenga error, dolo, violencia ó falsedad de documentos, está sujeta á lo dispuesto en el art. 1.265 del Código, expresando éste (el 1.265) que «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación ó dolo.» Según el art. 1.300, «los contratos en que concurran los requisitos que expone el art. 1.261 (consentimiento de los contratantes, objeto cierto y causa de la obligación), *pueden ser anulados*, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo á la ley,» determinando el art. 1.301 que «la acción de nulidad dura *sólo* cuatro años, contados, en los casos de intimidación ó violencia, desde el día en que éstos hubiesen cesado, y en los de error, dolo ó falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.» Ahora bien: cuando un tutor, autorizado por el consejo de familia, celebre una transacción, y ésta pueda resultar nula por alguna de las causas que marcan los artículos 1.301 y 1.302, ¿quién podrá reclamar la nulidad? Para contestar hay que distinguir dos casos. Si en el contrato mediare error ó dolo y se hubiera celebrado, por ejemplo, cuando el menor tenía diez y seis años, claro es que durando la acción sólo cuatro años, como cuando terminase el plazo, el menor seguiría siéndolo, únicamente podrá ejercitarla el tutor. Si por el contrario, el menor tenía veinte años en la época de la celebración del contrato, como al vencer el término que señala el art. 1.301 tendrá veinticuatro años, y es mayor de edad, él será quien pedirá ó no la nulidad, mejor dicho, el tutor hasta la mayoría de edad ó terminación de la tutela y el menor ó incapacitado desde este momento hasta que prescriba la acción.

Aunque á primera vista parece que se encuentran con esto suficientemente garantidos los intereses del menor, no lo entendemos nosotros así, pues si en el caso primero el tutor, de acuerdo con la otra parte, lleva á efecto la transacción con dolo ó falsedad

en detrimento de los intereses del menor ó incapacitado, y deja pasar los cuatro años que fija el art. 1.901 sin interponer contra la validez de la misma, el menor ó incapaz no pueden ya reclamar contra la transacción, que, según el art. 1.816, tiene la autoridad de cosa juzgada. Sólo podrá repetir contra el tutor, usando del derecho que le concede el art. 287. Esto, como hemos dicho, no lo estimamos suficiente garantía, y creemos que debiera haber extendido al caso que examinamos el precepto del párrafo último del citado art. 1.301, que permite á los menores ó incapacitados ejercitar la acción de nulidad contra los contratos celebrados por los menores ó incapacitados, en el término de cuatro años *desde que salieron de la tutela.*

El Código, sin embargo, ha suprimido este derecho equivalente al beneficio de restitución *in integrum*, acaso porque ha creído que la responsabilidad debe ser directa entre el menor y el tutor, y no recaer sobre las personas que con éste contrataron.

Concerniente al compromiso de árbitros, existen dos artículos en el Código, artículos, por decirlo así, de referencia, el 1.820 y 1.821, que declaran respectivamente, el primero que las «mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas,» y el segundo que «lo dispuesto sobre la transacción es aplicable á los compromisos, debiendo estarse, en cuanto al modo de proceder en ellos, á su extensión y efectos, á lo que determina la ley de Enjuiciamiento civil.» Esta ley se ocupa del «juicio arbitral» en sus artículos 790 al 826, cuya doctrina se consigna en el apéndice del mismo nombre, art. 269.

ART. 275. Se prohibe á los tutores:

1.° Donar ó renunciar cosas ó derechos pertenecientes al menor ó incapacitado.

Las donaciones que por causa de matrimonio hicieren los menores con aprobación de las personas que hayan de prestar su consentimiento para el matrimonio, serán válidas siempre que no excedan del límite señalado por la ley.

2.° Cobrar de los deudores del menor ó incapacitado,

sin intervención del protutor, cantidades superiores á 5.000 pesetas, á no ser que procedan de intereses, rentas ó frutos.

La paga hecha sin este requisito sólo aprovechará á los deudores cuando justifiquen que la cantidad percibida se ha invertido en utilidad del menor ó incapacitado.

3.° Hacerse pago, sin intervención del protutor, de los créditos que le correspondan.

4.° Comprar por sí ó por medio de otra persona los bienes del menor ó incapacitado, á menos que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia.

Concordancias.—Análogo á los artículos 236, 240 y 245 del proyecto de Código de 1851, é igual al 241 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—**Caso 1.°**—*Ninguno.*

Caso 2.°—*Idem.*

Caso 3.°—*Idem.*

Caso 4.°—*Part.* 5.ª, *tit. V, ley* 4.ª—...Pero dezimos, que ninguno de los guardadores non puede comprar ninguna de las que fueren de aquel que tienen en guarda; fueras ende, si lo fiziesse con otorgamiento del Juez del logar, ó de alguno otro que lo ouiesse otrosi en guarda, tambien como él. E aun ha menester, que aquello que desta guisa comprare dél, que sea á pro del huerfano e non á su daño...

Nov. Recop., lib. X, tit. XII, ley 1.ª—Todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huerfanos... no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare; y si la comprare publica o secretamente, pudiendose probar la compra que asi fue fecha, no vala, y sea desfecha, y torne el quatro tanto de lo que valia lo que compró, y sea para nuestra Cámara.

COMENTARIO.—El legislador, en su justo deseo de garantir el caudal del menor ó incapacitado, no se ha limitado á exigir la

aprobación del consejo de familia para la celebración de determinados actos y contratos referentes al mismo; ha llevado su previsora protección hasta prohibir algunos que pudieran perjudicar al pupilo, aun obtenida la mencionada autorización, y ordenar en otros la intervención, la presencia del Ministerio fiscal doméstico ó privado, si se nos permite la expresión, creado por el Código, ó sea del protutor, ó la autorización expresa del citado consejo. La restricción que el artículo impone al tutor no es, pues, tan absoluta como parecen indicar las palabras con que comienza el artículo de «se prohíbe á los tutores,» siendo, por decirlo así, de dos grados, una absoluta, la referente al núm. 1.° del artículo, otra relativa, que atañe á los restantes casos del mismo: mejor dicho, existe una prohibición y varias restricciones.

El inciso primero del artículo prohibe, en efecto, al tutor donar ó renunciar cosas ó derechos pertenecientes al sujeto á tutela. No precisa esfuerzo alguno para demostrar la necesidad de lo absoluto de esta prohibición. Tanto por la donación como por la renuncia, el donante ó el que efectúa ésta se desprende de una cosa ó de un derecho, la cede en favor de otra persona, y comprénde se que sólo pueda disponer de una cosa por acto de liberalidad el dueño de ella. El acto por el cual una persona dispusiere de las cosas ó derechos de otra, renunciándolas ó donándolas, sería todo menos donación ó renuncia. Esta prohibición se encuentra establecida en varios Códigos extranjeros. El de Portugal prohibe al tutor en el núm. 1.° de su art. 244 disponer á título gratuíto de los bienes del menor. El art. 385 del de Guatemala y el 626 del de Méjico disponen que el tutor no puede hacer donaciones á nombre del menor.

Dice el artículo «cosas ó derechos pertenecientes al menor ó al incapacitado,» pudiendo entenderse por algunos que concierne á las cosas ó derechos de que esté ya gozando aquél, y nuestro criterio no es éste. Creemos que se refiere á los derechos ó cosas que pertenezcan ó puedan pertenecer al sometido á tutela, aunque no haya entrado en posesión real de los mismos. Así, en el caso que pueda presentarse con más frecuencia, en el de la herencia ó del legado, el tutor no podrá renunciar una ni otra aun cuando el menor ó el incapaz no hayan entrado en posesión de los bienes ó derechos que los constituyan, puesto que tal renuncia implicaría la de estos mismos bienes ó derechos. Además, con-

viene recordar que el art. 657 con relación á la herencia y el 881 respecto del legado, declaran que se adquiere el derecho á ellos desde el momento de la muerte del testador. Es decir, que desde este mismo instante el heredero y el legatario tienen derecho adquirido, les pertenece tal derecho. Sólo será lícito al tutor repudiar la herencia ó las donaciones con la autorización del consejo de familia, de acuerdo con el núm. 10 del art. 269.

La prohibición de renunciar ha de entenderse, en nuestro sentir, cuando sea de mera liberalidad, no si es onerosa ó remuneratoria, es decir, si supone una prestación ó beneficio en cambio. Nos referimos con esto al caso de la transacción (art. 274), puesto que es dable que para conseguir ésta sea preciso que el tutor renuncie alguna cosa ó derecho del menor. No concierne á esto la prohibición, no; atañe, como hemos dicho, á la donación ó renuncia puramente liberal, en el sentido jurídico de la palabra, para evitar que envuelva una lesión ó un fraude de los intereses del menor ó incapacitado.

El párrafo segundo del núm. 1.° del artículo comentado declara que las donaciones que por razón de matrimonio hagan los menores con aprobación de las personas que han de dar su consentimiento para el matrimonio, serán válidas siempre que no excedan del límite legal, ó sea, conforme al art. 1.331, el décimo de los bienes presentes, y respecto de los futuros (sólo para el caso de muerte) de lo determinado por el Código para la sucesión testada. Es el mismo precepto del párrafo primero del art. 1.318, que establece que «el menor que con arreglo á la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas si á su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor á fin de contraer matrimonio.» Estas personas son, según el orden establecido en el art. 46, el padre, la madre, los abuelos paterno y materno, y en defecto de éstos, el consejo de familia ó los jefes de las casas de expósitos, nunca el tutor; de modo que la prohibición del núm. 1.° del art. 275 no tiene nada que ver con la disposición del párrafo segundo de ese mismo número. Si fuese el tutor el llamado á otorgar la licencia para el matrimonio, se comprendería la inserción de tal precepto, no cuando carece de dicha facultad. El legislador, que ha omitido en otras materias disposiciones importantes, ha pecado en esta

por exceso de celo, repitiendo una misma doctrina, cuando bastaba con la terminante del art. 1.318. Además, al consignar en un mismo artículo dos disposiciones, parece que debieran referirse á casos análogos, y son esencialmente diversos. El núm. 1.° del art. 275 prohibe al tutor que haga donaciones de los bienes ó derechos del menor, y lo que hace el inciso segundo del citado número 1.°, y lo mismo el art. 1.318, es autorizar al menor para que pueda hacer donación por causa de matrimonio. Por el contrario, no consta en el art. 275 el caso que debiera figurar, porque en él es el tutor quien debe intervenir para la validez de la donación. Es este caso, el consignado en el art. 1.323, que declara que «para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia ó se haya promovido juicio de interdicción civil ó inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del *tutor*, que á este efecto se le designará por quien corresponda, según las disposiciones de este Código y de la ley de Enjuiciamiento civil (?).» Aquí sí la donación se hace con la asistencia del tutor y es una excepción indirecta de la prohibición contenida en el núm. 1.° del art. 275. Por eso creemos que debiera haberse hecho referencia á ella con más motivo que á la del art. 1.318.

El núm. 2.° del artículo envuelve dos preceptos afirmativos y uno negativo. Los positivos son: poder cobrar el tutor por sí de los deudores del menor ó incapacitado sin intervención del protutor: 1.°, cantidades inferiores á 5.000 pesetas; 2.°, cantidades que excedan de esta cuantía, siempre que procedan de intereses, rentas ó frutos. El negativo es: no poder cobrar de dichas personas, sin intervención del protutor, cantidades que excedan de 5.000 pesetas, cuando no procedan de intereres, rentas ó frutos. El artículo lo que prohibe en realidad es que el tutor pueda cobrar por sí el capital del menor ó incapacitado, autorizándole para cobrar el producto ó utilidad del mismo, consistente en intereses, rentas ó frutos. Comprueba esto la circunstancia de que habla de frutos sin distinguir entre las diversas clases de ellos, comprendiendo, por consiguiente, á todos, ó sea á los naturales, industriales y civiles.

El pago hecho por el deudor sin intervención del protutor, en el caso en que ésta sea necesaria—dice el párrafo segundo del número que estudiamos—sólo le aprovechará cuando justifique

que la cantidad percibida se ha invertido en utilidad del menor ó incapacitado. Quieren decir tales palabras que en el caso de que éstos promoviesen un litigio sobre la nulidad del pago hecho por el tutor sin intervención del protutor, corresponde al deudor probar que la cantidad entregada por ellos se invirtió en provecho ó beneficio del sujeto á tutela. Si lo prueba, el pago será válido; si no, será nulo, á tenor del art. 4.°, por tratarse de un acto realizado contra lo dispuesto por la ley. Es un criterio análogo al de la legislación derogada sobre los préstamos con menores. El préstamo era válido si se probaba que se convirtió en utilidad del menor. «Lo que fuere prestado al menor de veinticinco años—decía la ley 8.ª del tít. I de la Part. 5.ª—aquél que lo prestó non lo puede demandar, fueras ende si pudiera probar que el emprés-tito entró en pró de aquél.»

3.° La disposición de este número requiere sólo ligeras consideraciones. Conforme á ella, el tutor puede cobrar de los bienes del menor ó incapacitado, siempre que lo haga con intervención del protutor, los créditos que le correspondan contra uno ú otro. No dice esto el artículo, limitándose á expresar «los créditos que le correspondan,» sin manifestar contra quién; pero necesaria é indefectiblemente se refiere al sujeto á tutela, puesto que si no, sería inútil el precepto. ¿De qué créditos habla? Desde luego de los que consten en el inventario, á tenor de lo dispuesto en el art. 267, y también, en nuestro criterio, de los posteriores. Si el tutor, llegado, v. gr., el vencimiento del plazo de un préstamo, paga éste por sí, á causa de no tener en aquel momento fondos disponibles del menor, es indudable que tiene derecho á cobrar este crédito sin necesidad de esperar á la terminación de la tutela, solicitando oportunamente la intervención del protutor.

¿Podrá el tutor adquirir por cesión créditos ó derechos contra el menor ó incapacitado? Calla el Código español sobre este extremo, autorizando con este silencio, al menos en algún caso, lo que los Códigos de otras naciones, más acertados que aquél en nuestra opinión, prohiben expresamente. Los Códigos de Bélgica y Francia dicen en su art. 450 que «no está permitido al tutor aceptar la concesión de ninguna acción ni crédito contra su pupilo.» Lo mismo dice el italiano en el 300. El núm. 3.° del artículo 244 del portugués prohibe absolutamente al tutor «convertirse en cesionario de los derechos ó créditos contra su pupilo,

excepto en los casos de subrogación legal.» Los de Guatemala y Méjico, acordes en este punto como en otros muchos, disponen respectivamente en sus artículos 378 y 619 que «no puede aceptar por sí mismo, á título gratuíto ú oneroso, la cesión de ningún derecho ó crédito contra el menor. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia.»

El Código ya hemos dicho que autoriza la cesión en el mero hecho de no prohibirla; pero la verdadera cesión, ó sea la que se verifica por título oneroso, es en realidad una compraventa de un crédito ó de un derecho. Así se desprende del mismo Código, que comprende la transmisión de créditos y demás derechos incorporales (cap. VII del tít. IV del libro cuarto) dentro del título de la compraventa. Por esta razón dilucidaremos este punto al desarrollar el contenido del número siguiente del artículo, ó sea al tratar de la facultad del tutor para comprar los bienes del sometido á su guarda.

4.°

Art. 275. Se prohibe á los tutores:	Art. 1.459. *No* podrán adquirir por compra, *aunque* sea en subasta pública ó judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:
4.° Comprar por sí ó por medio de otra persona los bienes del menor ó incapacitado, *á menos* que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia.	1.° *El tutor* ó protutor, *los bienes de la persona ó personas que estén bajo su tutela.*

Nos hemos permitido exponer en esta forma la doctrina del Código sobre capacidad del tutor para comprar los bienes del menor ó incapacitado, con objeto de presentar uno de los casos en que se ofrece más saliente el defecto capital de aquél, lo que constituye su idiosincrasia, á saber: el cantonalismo de algunos de sus artículos. Los en que esto sucede (especialmente los de un libro con otro) se nos presentan gozando de una amplia y exagerada autonomía, sin guardar la debida relación con los que debían encontrarse íntimamente ligados. No consignamos estas manifestaciones como censura contra los autores del Código civil nacional; al contrario, para condolernos de ello, á fuer de buenos españoles, y lamentar que por actividad vertiginosa, y

por ende perjudicial, de última hora, que condujo á un prematuro alumbramiento, haya resultado imperfecta la obra que por su laboriosa gestación anunciaba ser fruto hermoso é incomparable por su bondad con toda otra. Y es tanto más sensible esto, cuanto que casi siempre la omisión del redactor de la ley se refiere á la forma del articulado, pero con la desgracia de afectar al fondo, como sucede en el caso presente.

El art. 275 contiene un precepto negativo y una excepción á este mismo precepto, de los que se deduce otra regla afirmativa. El tutor (esta es la disposición negativa) tiene prohibición expresa de comprar los bienes del menor ó incapacitado; pero puede comprarlos si el consejo de familia le autoriza expresamente para ello. En resumen (y éste el principio positivo): que puede comprar siempre que obtenga la citada autorización. Un tutor, pues, que deseara enterarse de si podía ó no comprar unos bienes del sometido á su guarda, leería este artículo y adquiriría la convicción de que tenía tal capacidad. Pero si avanzando en la lectura del Código, llegaba al art. 1.459, no es temerario afirmar que se quedaría absorto al contemplar el precepto del núm. 1.° del mismo, negativo en absoluto del derecho que concede el mismo Código en el 275. Es decir, dos artículos que considerados aisladamente se repelen y destruyen, debido á la omisión del autor de la ley que no consignó en el art. 1.459 una advertencia relativa al 275. Con haber dicho en éste: «salvo lo dispuesto en el núm. 4.° del artículo 275», la grave contradicción, la antinomia que resulta hoy entre uno y otro artículo no hubiera existido.

El conflicto entre ambos artículos es claro. ¿Cuál será su solución? El tutor ¿puede ó no en definitiva comprar los bienes del menor ó incapacitado? La duda nace de la oposición del precepto de cada uno de los artículos, considerado uno frente al otro. Estudiados conjuntamente, la confusión se desvanece para dar paso á la armonía. El art. 1.459 contiene un precepto negativo: al incapacidad del tutor para comprar bienes del menor ó incapacitado. El 275 comprende *ese mismo precepto* con una excepción; luego no hay en realidad más que un *solo é idéntico principio*, con una sola excepción común á este principio, consignado en dos artículos como pudiera estarlo en más. En una palabra, entendemos que el tutor gozará de tal derecho con la condición *sine qua non* de haber sido autorizado expresamente para la compra,

y efectuando ésta con los requisitos del art. 212. No será esta opinión la cierta, pero es la más aproximada á la equidad. Sentado esto, se deriva como consecuencia necesaria que el tutor podrá adquirir por cesión créditos y derechos contra el menor ó el incapacitado, puesto que el Código, según hemos expuesto, incluye la transmisión de créditos y derechos incorporales en el título de la compraventa, considerándola así como una forma de ésta.

Este es el criterio que se deriva de la ley, no el nuestro particular, partidario de la prohibición absoluta, sobre todo respecto de la adquisición de créditos por cesión. ¿Quién no dice que el tutor, deseoso de hacer suyos determinados bienes del menor ó incapacitado, confabulado con un consejo de familia poco celoso de los intereses de éste ú ocultando al mismo sus capciosas miras, no busca y presenta ocasiones para vender los bienes? Sabido es, por otra parte, el caso tan frecuente de los menores pertenecientes á familias acomodadas que contraen préstamos en condiciones onerosísimas con la esperanza por parte de los prestamistas, ó aún mejor usureros, de recobrar con creces el capital prestado cuando el menor entre en el goce de su fortuna. ¿No es posible también que el tutor se concierte con los acreedores de su pupilo y adquiera los créditos para facilitarles su cobro?

No acertamos á explicárnos el fundamento del precepto del número 4.° del art. 275. El Código ha seguido el precedente de la ley de Partidas (5.ª, tít. V, ley 4.ª) que autorizaba al guardador para comprar las cosas de aquel que tuviese en guarda, si lo hacía con otorgamiento del Juez del lugar ó de quien lo tuviese en guarda, abandonando el de la Novísima (ley 1.ª, tít. XII, libro diez), vigente hasta ahora, que prohibía en absoluto la compra. Se ha apartado también de la doctrina sustentada por los Códigos extranjeros, constitutiva de una prohibición de carácter internacional. El Código italiano manifiesta, en su art. 300, que el tutor y el protutor no pueden comprar los bienes del menor ni aceptar la cesión de créditos ó cuentas contra el mismo. El de Portugal establece como prohibición al tutor, en el núm. 2.° del artículo 244, la de arrendar, comprar y rematar los bienes del menor. El mismo precepto contiene el 450 del francés. Los de Guatemala (art. 363) y Méjico (616) declaran que ni con licencia judicial, ni en almoneda ó fuera de ella, puede el tutor comprar

ó arrendar los bienes del menor, ni hacer contrato alguno, respecto de ellos, para sí, para su mujer, hijos ó hermanos. En cuanto á la cesión de créditos, ya hemos expuesto la doctrina de varios Códigos extranjeros en el número anterior. Sobre ella, nuestro criterio es intransigente, pues, á menos de equivocarnos, conceptuamos que en la práctica ha de equivaler á una cartapuebla otorgada á favor de los tutores de mala fe, con la que sólo se ha de conseguir ensanchar el campo de su ambición é inmoralidad.

Lós efectos de la disposición del caso 4.° del art. 275 del Código civil no se limitan al orden civil; trascienden también al penal. En efecto, el párrafo 2.° del art. 412 del Código de esta índole dice que la pena impuesta en el primero al funcionario que directa ó indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato ú operación en que deba intervenir por razón de su cargo (inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiere tomado en el negocio) será aplicable á los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes ó cosas en cuya tasación, partición ó adjudicación hubieren intervenido, y á *los tutores, curadores* y albaceas *respecto de los pertenecientes á sus pupilos* ó testamentarios. Como vemos, este artículo del Código penal prohibía en absoluto á los tutores ó curadores, bajo la penalidad en él establecida, la adquisición de bienes de sus pupilos, en armonía con el precepto de la Novísima Recopilación (libro diez, tít. XII, ley 1.ª) que contenía igual restricción; hoy tal disposición penal debe entenderse derogada por la del caso 4.° del art. 275, que autoriza la compra, siempre que vaya acompañada del requisito marcado por el mismo. ¿Existirá delito cuando falte éste? Nuestra opinión es contraria á ello. Lo constituía antes por la prohibición expresa de la ley civil; ahora que ésta (al menos el caso 4.° del artículo 275) autoriza el acto de la compra, la falta de cumplimiento de la formalidad establecida por el Código sólo puede dar origen á una responsabilidad también civil.

Dudamos que haya Tribunal que condene á un tutor, pero si así lo hiciese merecería también ser penado como autor del delito por haber cooperado á su ejecución por un acto sin el cual no se hubiera efectuado, quien consignó el concepto del art. 275 y originó la contradicción de éste con el 1.459, circunstancias sin las

que ni la compra se hubiera verificado, ni el hecho punible cometido.

¿Cuál será la responsabilidad indicada? Para contestar mejor á la pregunta, la formularemos en términos comunes á todo el artículo, á saber: cuando el tutor celebra un acto de los prohibidos por el artículo ó los realiza sin los debidos requisitos, ¿qué acciones competirán al menor ó incapacitado contra aquél? Desde luego cabe indicar los de carácter general, extensivos á los diversos casos del artículo, ó sea: primero, la que establece sobre el principio de la reciprocidad por razón del ejercicio de la tutela el art. 287; la rescisión por lesión en la cuarta parte del valor de las cosas objeto del contrato dentro de los cuatro años siguientes á la tutela (art. 1.291, núm. 1.°, y art. 1.299), y aun la nulidad, por error, dolo ó falsedad de la causa, no habiendo lesión, si por terminar la tutela antes del transcurso de los cuatro años que dura la acción de nulidad, el sujeto á aquélla puede entablarla por sí. Estos son, como hemos indicado, los recursos generales que concede la ley, ya respecto de todo contrato, ya á favor del menor; pero aparte de esto, conviene estudiar bajo el aspecto que lo venimos haciendo cada uno de los casos del artículo.

Supongamos que en el caso del núm. 1.°, el tutor dona una cosa del menor. Éste podrá, una vez terminada la tutela, repetir contra el tutor por la citada donación en uso del derecho que le concede el art. 287, pero no reclamar la rescisión, ya porque ésta, según el inciso 1.° del art. 1.291, se refiere á los *contratos* que los tutores *puedan* celebrar sin autorización del consejo de familia, y la donación es un acto (art. 618) que no es lícito realizar á aquéllos ni con la autorización del expresado consejo, ni sin ella. Ahora bien: de su propia naturaleza se deduce un derecho á favor del menor. La donación es un acto; el Código, en el artículo comentado, prohibe la donación por el tutor de cosas ó derechos del menor; luego ese acto será *nulo* conforme al párrafo primero del art. 4.° de aquél. No es esto sólo: el tutor, por virtud de dicho acto nulo, ha donado una *cosa* del menor ó incapacitado; por tanto, éste, como propietario (una vez desaparecida la incapacidad), tiene derecho contra el tenedor y el poseedor de aquélla para *reivindicarla* De aquí el derecho en favor del menor á que antes aludíamos; el ejercicio de la acción reivindicatoria contra

el tenedor ó poseedor de la cosa donada por el tutor, é implícitamente la de nulidad de la donación.

Veamos el caso segundo y presentemos otro ejemplo. El tutor, sin intervención del protutor, cobra de un deudor del menor 6.000 pesetas, no procedente de intereses. No es pertinente la rescisión ni la nulidad establecidas respectivamente en los artículos 1.290 y 1.300 porque atañen á los contratos, y aquí se trata de un acto. No le resta otra acción de las señaladas como extensivas á todo el artículo que la directa contra el tutor del art. 287. Pero hemos dicho que se trata de un acto, acto nulo por las mismas razones expuestas respecto del caso anterior, es decir, por ser ejecutado contra lo dispuesto en la ley; por consiguiente, nace una acción personal de nulidad. ¿Contra quién? Contra los deudores, como bien á las claras lo indica el párrafo segundo del caso que estudiamos, al decir que «la paga hecha sin este requisito (intervención del protutor) sólo *aprovechará á los deudores cuando justifiquen* que la percibida (por el tutor) se ha invertido en utilidad del menor ó incapacitado.» Éste y el protutor durante la tutela pueden, pues, dirigirse contra el deudor reclamando la nulidad del pago y subsiguientemente la entrega de la cantidad debida, durante el término de la acción personal (quince años, art. 1.964), contados desde que pudo ejercitarse la acción (artículo 1.969), ó sea desde la fecha del pago, correspondiendo justificar entonces al deudor, para eximirse de la obligación, la utilidad reportada al demandante por el empleo del capital entregado al tutor.

Al tercer caso, esto es, cobrar el tutor sus créditos sin intervención del protutor, es aplicable únicamente la disposición del art. 287, puesto que es un acto (no un contrato) que sólo puede dar lugar á una relación jurídica directa entre el tutor y su pupilo. Y aunque es un acto nulo, según el art. 4.º, no procede en este caso la acción personal de nulidad porque ésta es la procedente, como hemos visto en el caso anterior, contra terceras personas, no contra el tutor, respecto del que existe el derecho expreso del repetido art. 287.

Estudiemos el caso cuarto y último. El tutor compra por sí una finca del menor ó incapacitado *sin la autorización del consejo de familia*. No cabe la rescisión, porque los contratos que el número 1.º del art. 1.291 declara rescindibles son los que los tutores

pueden celebrar *sin* la autorización del consejo de familia, y precisamente el de que nos ocupamos sólo puede verificarse con la expresada autorización. Tampoco compete directamente la nulidad á que se refiere el 1.301, á no ser que antes del transcurso de los cuatro años de la acción cese la incapacidad, ya que el Código no habla en este artículo de los contratos celebrados por los tutores. Corresponde sólo, por consiguiente, el derecho del art. 287, pudiendo durante los cincos años que marca éste pedir la nulidad del contrato, los daños y perjuicios, etc., bien por lo dispuesto en el art. 4.º (acto contra ley), bien por dolo ó causa falsa. Si la cosa que compró el tutor figura adquirida á nombre de otro y consta como tal, ó si aquél la transmitió con posterioridad á un tercero, entendemos que el menor podrá también reivindicarla, pidiendo á su vez la nulidad del título de poseedor, ó sea de la escritura ó documento otorgado á favor de éste por el anterior poseedor.

En atención á que el artículo trata de los actos ó contratos prohibidos al tutor, para completar su estudio debemos examinar si hay algunos otros que los mencionados comprendidos dentro de la prohibición, ó, por el contrario, que le estén permitidos. Mencionamos en primer término el arrendamiento por el tutor de los bienes del menor ó incapacitado. ¿Podrá arrendarlos para su uso y disfrute? Los Códigos francés y belga (art. 450), italiano (artículo 300), portugués (art. 244, número 2.º), mejicano (art. 616) y guatemalteco (art. 363) responden negativamente; el nuestro aparece encerrado en un mutismo completo. Este mismo silencio sirve, no obstante, para fijar el oportuno criterio. El art. 275 del Código español tiene por objeto dar á conocer los actos prohibidos al tutor; es así que no enumera entre ellos el arrendamiento de los bienes del sometido á su guarda; luego no hay para qué extender la prohibición al menor, cuando el legislador, que pudo hacerlo, no lo hizo. Sostener lo contrario supondría un olvido del principio jurídico de que las leyes han de restringirse en lo odioso y ampliarse en lo favorable; y odioso, legalmente hablando, es todo cuanto se dirige á restringir la capacidad jurídica de una persona. En todo caso, el arrendamiento se celebrará con los requisitos y solemnidades correspondientes, á saber: autorización del consejo de familia, como acto inscribible (art. 269, núm 4.º); documento público é inscripción en el Registro para que produzca

efecto contra tercero (art. 1.549), y la limitación de no exceder de seis años el término del contrato (art. 1.548).

Otro de los contratos á que nos referimos es el de préstamo. ¿Podrá el tutor dar ó tomar dinero á préstamo del menor ó incapacitado? El Código guarda también silencio sobre este extremo, silencio que nos obliga á consignar la misma afirmación que respecto del arrendamiento; la de que no estando prohibido por el Código, puede llevarse á efecto, porque, conforme á un principio de derecho, es lícito hacer todo aquello que la ley no prohibe, siempre que se cumplan las formalidades que ésta exija, ó sea en el caso presente, obteniendo la autorización del consejo. En estos casos el protutor representará al menor ó incapacitado. Ignoramos si los Tribunales aceptarán este criterio; si es equivocado no eludimos la responsabilidad, pero no será nuestra la culpa, sino de quien ha preferido sumirnos en la oscuridad de la duda á rodearnos de la luz de la certeza.

Derecho vigente.—*Civil.*—*Prohibiciones absolutas.*—Donar ó renunciar cosas ó derechos pertenecientes al menor ó incapacitado (núm. 1.°).

Prohibiciones relativas. a) Por necesitar la intervención del protutor: cobrar de los deudores del menor ó incapacitado cantidades superiores á 5.000 pesetas que no procedan de intereses, rentas ó frutos (núm. 2.°); hacer pago de los créditos que le correspondan contra el menor ó incapacitado (núm. 3.°). *b)* Por necesitar la autorización del consejo de familia: comprar por sí ó por medio de otra persona bienes del sujeto á tutela.

Jurisprudencia. — *Resolución de la Dirección general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado de* 30 *de Octubre de* 1892. (*Gaceta* de 26 de Diciembre ídem.)

Otorgada una donación bajo condición resolutoria, es claro que cumplida ésta, aquélla queda revocada, bastando, para que tal revocación tenga plena eficacia jurídica, que acerca del acontecimiento constitutivo de la condición exista plena conformidad entre donante y donatario, mayores ambos de edad.

No es ese el caso de este recurso, dado que en él los donatarios son menores de edad, por cuya razón al indagar la solución que en derecho le cuadra, importa dejar sentado si, siendo el donatario un incapaz, basta á dejar comprobado el hecho de que funda la condición, la simple conformidad acerca del mismo, y

su real y positiva existencia entre el donante y el representante legal del donatario.

Por implicar el cumplimiento de la condición resolutoria bajo que se hizo la donación, la renovación forzosa de ésta y el consiguiente despojo del donatario, parece que, mediando el interés de menores, no debe quedar confiada la prueba de tal cumplimiento á la mera aquiescencia ó conformidad que el representante legal del incapacitado presta á la afirmación del donador, de que la condición quedó cumplida, ya que en otro caso fuera bien fácil despojar al menor del legítimo dominio de la cosa donada.

Si la donación es un contrato, el mismo concepto merece su revocación cuando dimana del cumplimiento de una condición resolutoria, acerca de cuya existencia están conformes donante y donatario; y siendo tal contrato un acto al fin traslativo del dominio, claro es que, tratándose de inmuebles, cae de lleno bajo las prescripciones reguladoras de la enajenación de tales bienes pertenecientes á menores, y entre ellas, la del art. 164 del Código civil.

De lo expuesto se infiere no está en lo cierto el recurrente cuando afirma que, para la renovación de la donación en el caso particular de que se trata, no era preciso el concurso del donatario, ya que, sin tal concurso, la revocación fuera improcedente, á no ser que el donante la obtuviera por sentencia, previa demostración cumplida del hecho constitutivo de la condición.

Otra doctrina pudiera conducir á la infracción inevitable del artículo 275 del Código civil, si la renuncia de la cosa donada al menor se encubriera bajo la forma simulada del cumplimiento de una condición resolutoria no acreditada en forma.

Por ser la resolución de la donación un verdadero contrato, cual se ha demostrado, y contrato de enajenación inscribible cuando recae sobre inmuebles, ha de aprobarlo el Juzgado ó autorizarlo el consejo de familia, según los casos, á tenor de los artículos 164 y 269 del Código, constituyendo la falta de estos requisitos un defecto insubsanable.

ART. 276. El tutor tiene derecho á una retribución sobre los bienes del menor ó incapacitado.

Cuando ésta no hubiese sido fijada por los que nombraron el tutor testamentario, ó cuando se trate de tutores legítimos ó dàtivos, el consejo de familia la fijará teniendo en cuenta la importancia del caudal y el trabajo que ha de proporcionar su administración.

En ningún caso bajará la retribución del 4, ni excederá del 10 por 100 de las rentas ó productos líquidos de los bienes.

Contra el acuerdo en que se fije la retribución del tutor podrá éste recurrir á los Tribunales.

Concordancias.—Análogo al art. 253 del proyecto de 1851, é igual al 242 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, lib. IV, tit. III, ley* 3.ª—Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fiios de menor edad en su guarda, si ella quisiere é si se non casare, assi que de las cosas de los fiios faga un escripto. E si la madre se quisiere casar, é alguno de los fiios fuere de edad de XX annos fasta XXX, este deve aver los otros hermanos é las sus cosas en guarda, é non las dexar ennaienar ni perder a ellos ni a otri. E si por ventura alguna cosa ende diere, o vendiere, o gastare, o perdière por su negligencia, todo lo deve entregar de su partida. *E mandamos que tome todo el diezmo del fruto en que viva, porque non faga grandes despensas en lo al...*

Fuero Real, lib. III, tit. VII, ley 2.ª—Si algunos huérfanos que sean sin edad fincaren sin padre, o sin madre, los parientes mas propincuos que hayan edad e sean para ello, reciban a ellos, e a todos sus bienes, delante del Alcalde, e delante homes buenos, por escripto, e guardenlos fasta que los huerfanos vengan á edad: e si no hobieren parientes que sean para ello, el Alcalde delos a guardar con todos sus bienes a algun home bueno, e tengalos asi como es sobredicho: *e quienquier que los tenga, mantengalos de los frutos, e tome para si el diezmo de los frutos por razon de su trabajo...*

Ley de Enjuiciamiento civil.—Art. 1.862. En vista de lo que expongan dicho curador y Promotor, dictará el Juez el auto que

corresponda, fijando la cantidad en que ha de consistir la pensión alimenticia, si opta por este medio, y determinando, además, en este caso, *el tanto por ciento que haya de abonarse al tutor ó curador por el desempeño de su cargo.*

Art. 1.864. Lo dispuesto en los artículos anteriores sólo será aplicable al caso en que *el que haya nombrado heredero al menor no hubiere dispuesto otra cosa.*

ART. 277. Si el consejo de familia sostuviere su acuerdo, litigará á expensas del menor ó incapacitado.

Concordancias.—Igual al art. 243 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 276 Y 277.—Aunque el cargo de tutor (y antes el de curador) es de carácter obligatorio, y en cierto modo público, las leyes españolas (Fueros Juzgo y Real) y la práctica han venido sancionando el pago de una retribución á los tutores, ó sea la llamada *décima de los guardadores.*

Como indican estas palabras, se trataba de una contribución fija, es decir, de un solo tipo, de una misma cantidad, cualquiera que fuese la cuantía de los bienes del pupilo. La vigente ley de Enjuiciamiento (art. 1.862) vino á modificar esto en parte, no fijando un tanto por ciento, sino estableciendo que el Juez determinara el que haya de abonarse. El art. 276 del Código ha dado á dicha retribución un carácter esencial y francamente progresivo, puesto que establece un máximun y un mínimun, dentro del cual el consejo de familia fijará el que estime conveniente (cuando no lo estuviere ya por los que nombraron tutor testamentario), teniendo en cuenta la importancia del caudal y el trabajo que ha de proporcionar su administración. La retribución que señale el consejo de familia recae sobre las rentas ó productos líquidos de los bienes; esto es, sobre dichas rentas ó productos, una vez descontados ó rebajados los gastos propios de la naturaleza de cada uno de ellos (contribución, reparaciones en las fincas, etc.). La retribución ha de gravar siempre las utilidades del capital, no éste mismo. Así es que,

aunque, por ejemplo, el caudal del menor ó incapacitado se aumente, ya por virtud de herencia ó donación, ya por cualquier otra causa, el tutor no percibirá nada de esta parte de capital de aquél, mientras éste no produzca alguna utilidad. Interpretar el precepto del artículo en otro sentido equivaldría á derogar el del 273, que hace responsable al tutor de los intereses legales del capital del menor, cuando, por culpa suya, quedare sin empleo. El legislador lo que ha querido, indudablemente, ha sido estimular la actividad y el celo del tutor, y tal estímulo no existiría si el tutor percibiese sus derechos del capital del menor ó incapacitado, y no sólo, como dispone la ley, de las utilidades que produzca. Infiérese de lo expuesto que la retribución exige, como requisito previo, la rendición anual de cuentas, de que habla el art. 279, por el tutor á quien compete la obligación. En tanto que no las rinda no puede saberse legalmente si el saldo ha de ser á favor del debe ó del haber, y caso de que sea afirmativo en pro del menor, la cuantía del producto de los bienes, y hasta que esto no se conozca, no se puede detraer cantidad alguna como retribución del tutor. Aun en el caso de que el tutor no esté obligado por la ley á rendir cuenta anual de su gestión al consejo de familia, no dudamos que todo el que desee cumplir bien con su cargo realizará anualmente un balance de las operaciones de su administración, que servirá también para determinar la cantidad que ha de percibir el tutor como retribución, con arreglo al tanto por ciento que se le haya señalado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo que comentamos.

Contra el acuerdo del consejo de familia fijando la retribución del tutor, podrá éste recurrir á los Tribunales, ó sea ante el Juez de primera instancia, como determina el art. 310, y si el consejo sostuviere su acuerdo, dispone el 277 que litigará á expensas del menor. Como indica la misma palabra *litigará* y la naturaleza propia de la controversia que se suscita, habrá que promover un juicio declarativo ordinario. Hubiera sido preferible para los intereses del menor ó incapacitado que la divergencia entre el consejo y el tutor se dirimiese por tramitación judicial más breve, como la de los incidentes, ya que no por la de los actos de jurisdicción voluntaria. Lo que tampoco se comprende es que el Código haya destinado un artículo para el solo extremo de determi-

nar á cargo de quién son los gastos del litigio, que debía figurar como un párrafo del 276.

¿Durante qué término podrá recurrir el tutor ante los Tribunales? No lo establece el Código; cuando en nuestra opinión debiera haberlo hecho. A falta de esto diremos que se trata de un derecho á favor del tutor, de una acción que le asiste contra el menor ó incapacitado para cobrar su retribución de los bienes de éste, y por consiguiente que el tiempo máximo que se puede fijar es el de cinco años, consignado en el art. 287. El tutor perdería su derecho desde el instante en que aceptase la cantidad que le entregare el consejo de familia según el tipo que éste hubiera creído conveniente establecer, y no podría reclamar contra el mismo, de conformidad con la doctrina legal de que «nadie puede ir eficazmente contra sus propios actos.»

No habla el Código del aumento ó disminución del tanto por ciento de la retribución del tutor. Esto nos induce á preguntar: una vez señalada la retribución, ¿podrá ésta disminuirse ó aumentar cuando disminuya ó aumente respectivamente el caudal del menor ó incapacitado? El Código calla, como hemos dicho, sobre el particular, pero en nuestro entender, la contestación afirmativa se impone por dos razones: primera, el silencio del Código, que no lo prohibe; segunda, la naturaleza misma de la retribución de que nos ocupamos, es decir, ser proporcional á la importancia del caudal y al trabajo que ha de proporcionar su administración. Esto es, por lo menos, lo que aconsejan la razón y la equidad, y no precisa esforzarse para hacerlo comprensible.

ART. 278. Concluye la tutela:

1.° Por llegar el menor á la edad de veintitrés años, por la habilitación de edad y por la adopción.

2.° Por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces, sujetos á interdicción ó pródigos.

Concordancias.—Derivado del art. 254 del proyecto de 1851, y del 244 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, lib. IV, tit. II, ley* 13.—Y el padre deve dar al fiio ó á la fiia, pues que oviere XX annos complidos, maguer que se non case, la meetad de quanto pertenesze á cada uno de la buena de la madre...

Lib. id., tit. III, ley 1.ª—Por ende mandamos que los fiios que son sin padre, é sin madre fasta XV annos, sean llamados huerfanos.

Lib. id., tit. id., ley 4.ª—Onde por esta ley avemos dado conseio á todos los huerfanos, fueras ende aquellos que son de tal edad, que pues que an XV annos passados non manda la ley que puedan demandar lo que perdieren antes.

Fuero Viejo, lib. V, tit. IV, ley 3.ª—... E de que ouier dies e seis años, es de edat comprida, e puede facer de suos bienes lo que quisier.

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 12.—... E la guarda de cada vno destos guardadores deue durar fasta que el moço sea de edad de catorze años, e fasta que la moça sea de edad de doze, quier sea establescido el guardador en testamento, o de otra guisa; e de allí adelante, deuen los Judgadores dar, e otorgar al moço otro guardador, a que llaman en latin *Curator*, tomando tal recabdo del, como del Tutor. E este atal deuele auer en guarda, fasta que el huerfano sea de edad de veynte e cinco años.

Part. id., tit. id., ley 21.—Durar deue el oficio de los guardadores, fasta que los huerfanos sean de edad de catorze años, si fueren varones; e si fueren mugeres, fasta que sean de doze. Otrosi se acaba tal guarda como esta, por muerte, o por desterramiento del guardador, o del huerfano. Esso mismo seria, si tornasse en seruidumbre, o catiuassen a qualquier dellos. E aun dezimos, que si alguno fuesse dado por guardador a tiempo cierto, o so condicion, que se acaba tal guarda, cumpliendose el tiempo, o fallesciendo la condicion. Otrosi dezimos, que se acabaria tal guarda como esta, si porfijassen al huerfano, o al guardador, seyendo de aquellos guardadores que son llamados legitimos. E aun se acabaria, quando el guardador se escusasse de lo ser, por alguna razon derecha; o si le tirassen de la guarda por sospechoso.

COMENTARIO.—El artículo expone en dos incisos, relativo el primero al menor, referente el segundo al incapacitado, las causas por las que concluye la tutela.

Como causa determinante en primer término de la cesación de la tutela, menciona el artículo la mayor edad, causa que han adoptado las diversas leyes vigentes hasta ahora.

La razón de esto es obvia: si la tutela del menor tiene por fin suplir la incompleta capacidad y su no desarrollada inteligencia, debe cesar cuando llegue la época en que se presume que ésta ha adquirido su completo desenvolvimiento. Por esto dicha causa ha regido en todos los tiempos y en todos los pueblos, aunque haya variado en cada uno de ellos el número de años fijado como límite á la menor edad, porque en todos se ha presentado á los legisladores con igual evidencia.

La segunda causa es la habilitación de edad, pero nos vemos obligados á decir que, según nuestra particular opinión, fundada en lo declarado por el Código en uno de sus artículos, esto no es del todo exacto. La habilitación de que habla el artículo que estudiamos es el beneficio de la mayor edad que concede el 322, al cual es aplicable, según el 324, lo dispuesto en el 317. Ahora bien: ¿qué establece este artículo? Su contenido es el siguiente: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; *pero hasta que llegue á la mayor edad, no podrá* el emancipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles *sin consentimiento* de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos sin el *de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.*» ¿Qué se deduce de esto? Una consecuencia en extremo gráfica: la de que no pudiendo el habilitado de mayor edad tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin el consentimiento del tutor, ni comparecer en juicio sin la asistencia del mismo, es inexacto que concluya la tutela por la concesión de dicho beneficio, puesto que en tanto exista tutor, tiene que considerarse subsistente aquélla. El Código incurre así en un error tanto más lamentable, por cuanto que no mencionando como causa de extinción de la tutela el matrimonio cuando lo es de la patria potestad (art. 167, núm. 2.°, en relación con el 314, núm. 2.°), no había para qué consignar como tal la habilitación de edad, *cuyos efectos jurídicos son idénticos* á los de aquélla. El defecto nace de no considerar á la emancipación y la habilitación como causas verdaderas de conclusión de la tutela del menor, iguales á la mayor edad, en vez de adoptar el temperamento *sui generis* que

revela, ó de haber aceptado el criterio del Código, no distinguir entre causas que extinguen por completo la tutela y las que producen sólo parcialmente este efecto.

Es este otro caso patente de la doctrina del *self government*, característico de nuestro Código, en virtud del cual cada artículo se rige por sí mismo, haciendo abstracción de aquellos otros con los que se encuentran relacionados. El desacuerdo no se limita aquí á artículos que figuren en distinto libro; atañe á tres de un mismo título de igual libro. Este lamentable vicio es lo que nos hizo bautizar el Código español con el nombre de «sistema de contradicciones civiles,» por analogía con la obra del célebre Proudhon, nombre cuya confirmación vale pedir al presente.

Es la tercera causa por la que termina la tutela del menor, según el artículo, la adopción. Esta causa es nueva, consecuencia necesaria del principio establecido en el art. 154 del Código de que la patria potestad se adquiere por el hecho de la adopción, no existiendo en la legislación de Partidas, según la que (Partida 4.ª, tít. XVI. ley 9.ª) «el porfijado (en la adopción verdadera, no en la arrogación) non pasaba a poderio de aquel quel porfija.»

Hasta aquí hemos hablado de la tutela del menor. Refiriéndose el artículo en su inciso segundo á la de los incapaces, interdictos y pródigos, dice que concluye por cesar la causa que lo motivó. Y este concepto, al parecer tan sencillo, entraña importantes dudas legales.

Estudiemos primero el caso del loco. Terminará su tutela cuando recobre la razón; pero ¿cómo se demostrará esto legalmente? ¿Bastará el reconocimiento de dos facultativos que declaren que ha recobrado su capacidad, como previene el art. 665 para el caso del testamento? En nuestro entender, no. El Código establece ese precepto sólo para el caso de testamento en atención á la naturaleza especial del mismo, en el que casi siempre reina la premura y la urgencia del tiempo. Si la ley ordenase que en todo caso habría de dictarse una resolución judicial, el derecho sería ilusorio, porque en la mayor parte de las ocasiones sería imposible obtener aquélla. Es un caso esencialmente diverso del de la tutela. En ésta se trata, no de afirmar la actitud intelectual de un individuo para un *solo* acto, sino de declarar su capacidad para *todos* los de la vida civil. Creemos, pues, que no basta la demostración física de que el loco haya recobrado su capacidad; enten-

demos que es indispensable una declaración judicial en que así se consigne.

La primera consideración que nos obliga á sostener esto es la acabada de exponer de la especialidad del caso del testamento, sobre la que volvemos á insistir. El art. 665 habla del intervalo lúcido como condición suficiente para admitir la capacidad del loco respecto de la testamentifacción; en la tutela no sirven para hacer cesar sus efectos jurídicos esos relámpagos de razón más ó menos fugaces que alumbran por determinado tiempo la oscura inteligencia del demente. Díganlo si no el núm. 2.º del artículo 200, cuando declara sujeto á tutela al loco ó demente *aunque tengan intervalos lúcidos.*

El segundo razonamiento es la necesidad de una resolución judicial para destruir el estado de derecho creado por la declaración de incapacidad. Esta declaración lleva consigo la presunción de la falta de capacidad del individuo á que se refiera, presunción que tiene que considerarse firme mientras no se demuestre su inexactitud. Ahora bien; acreditada judicialmente la incapacidad, para demostrar la capacidad indica el sano criterio que han de emplearse medios idénticos á los que sirvieron para declarar aquélla, es decir, que se ha de probar también judicialmente la aptitud del declarado loco. Las resoluciones judiciales no pueden perder su fuerza sino por otras de igual clase y naturaleza. Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz—dice el art. 1.251—la sentencia ganada en juicio de revisión. No estamos conformes con la clase de juicio que señala, pero vemos que para destruir los efectos de un fallo exige otro posterior.

Hay un tercer fundamento en pro de nuestra opinión, acaso el de más valía. La declaración judicial de incapacidad determina ó puede determinar: 1.º, la inscripción de la tutela comprensiva de las diversas circunstancias mencionadas en el artículo 290 del Código; 2.º, la anotación de la incapacidad al margen de las partidas de nacimiento, de conformidad con el artículo 60 de la ley del Registro civil; 3.º, la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando la declaración conste en ejecutoria, á tenor del caso 4.º del art. 2.º de la ley Hipotecaria y 4.º de su Reglamento. Sentado esto, preciso es preguntar: ¿cómo han de perder su fuerza estos distintos asientos

hechos en los varios Registros mencionados? ¿En virtud de qué título ha de conseguirse su cancelación? Estudiemos el caso de cada uno de los diversos Registros.

Nada dice el Código respecto del de tutelas, pero es indudable que terminada la tutela deberá consignarse en él algún asiento, declarándolo así y ordenando la cancelación de la fianza, sobre todo cuando por ser pignoraticia, no conste inscrita en el Registro de la Propiedad. Se necesitará, por lo menos, una resolución del Juez en cuya jurisdicción radique el Registro, acordándolo así á instancia de parte interesada. Pero esto no es bastante, ni posible en el caso de la tutela por incapacidad del loco ó del demente Para pedir la declaración de considerar extinguida la tutela y la subsiguiente cancelación de la fianza, deberá probarse, ante todo, que está terminada la tutela en el caso de la mayor edad, por ejemplo, con la partida de bautismo, en la habilitación de edad (hablamos por lo dispuesto en la ley, pero refiriéndonos á lo que sobre este particular hemos expuesto) con el oportuno testimonio de la concesión del consejo de familia, y en la adopción por el de la escritura otorgada al efecto. No acreditándose la extinción legal, el Juzgado, con buen acuerdo, no accederá á la petición; toda solicitud fundada en un hecho requiere la comprobación del mismo. Si esto sucede en tales casos, con mayor motivo tendrá lugar en el caso del loco y demente, de mayor gravedad é importancia que los expuestos. Deberá y tendrá por tanto que justificarse la capacidad del hasta entonces incapaz y declararse en su consecuencia la correspondiente resolución. En los otros casos la terminación de la tutela resulta de los mismos documentos; en éste se basa en la capacidad de la persona, y la determinación es una cuestión de hecho dependiente siempre de la apreciación de los Tribunales, según doctrina conforme y constante del Tribunal Supremo.

La ley del Registro dispone en su art. 60 que al margen de las partidas de nacimiento se anotarán, entre otros actos concernientes á la personalidad á que aquellos se refieran, «todos los jurídicos que modifiquen el estado civil del ciudadano,» hallándose naturalmente comprendido dentro de ellos la declaración de incapacidad como lo está de manera expresa en el núm. 8.° del mismo art. 60 la interdicción civil. De esto se infiere como consecuencia lógica que la declaración de capacidad deberá anotarse

de nuevo en el Registro, puesto que viene á modificar de nuevo y profundamente el estado civil de la persona. Ahora bien: el artículo 61, refiriéndose á los documentos en que han de constar los actos sujetos á anotación, sólo habla de los otorgados ante Notario, ó de ejecutoria, ó de decreto de la Administración superior del Estado. El Notario no tiene facultad para declarar por sí la capacidad ó incapacidad absoluta de una persona para todos los actos de su vida civil; la Administración superior del Estado no es la competente para conocer de estas cuestiones; luego restan sólo los Tribunales, únicos llamados á entender de ellos.

Más clara aparece la cuestión respecto del Registro de la Propiedad. El art. 82 de la ley Hipotecaria dice que «las inscripciones ó anotaciones hechas en virtud de mandamientos judiciales no se cancelarán sino por providencia ejecutoria, contra la cual no se halle pendiente recurso de casación.» Inscrita, por consiguiente, la ejecutoria declarando incapaz á una persona, no puede cancelarse dicha inscripción sino por virtud de otra resolución judicial posterior firme en sentido legal. No se alegue contra ésta el precepto del párrafo primero del art. 83 de la misma ley, en el que se manifiesta que «si constituída una inscripción ó anotación por providencia judicial convinieren *válidamente* los interesados en cancelarla, acudirán al Juez ó al Tribunal competente por medio de un escrito manifestándolo así, y después de ratificarse en su contenido, si no hubiere ni pudiere haber perjuicio para tercero, se dictará providencia ordenando la cancelación.» Este precepto no es aplicable. Lo que en primer término exige el artículo es que los interesados puedan convenir *válidamente* en la cancelación, cosa imposible á quien se halle bajo el peso de un fallo de los Tribunales declarándole incapaz y además inscrita su incapacidad en el Registro; verdadera cadena (la inscripción) que le prohibe toda clase de actos relativos á los bienes.

Existe también otra razón poderosa en favor de lo sostenido por nosotros. La declaración de la capacidad ó incapacidad de una persona es hasta cierto punto una cuestión de interés social, como quiera que afecta á lo más esencial del estado civil de la misma; así es que en ningún caso (salvo cuando la ley lo establezca expresamente) puede quedar al libre albedrío de las partes, sino que exige en todos y cada uno de ellos que los Tribunales sean los únicos llamados á pronunciar tal declaración. Ésta, como

ya hemos dicho en otro lugar de este comentario, es la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, sentada, entre otras sentencias, en las de 30 de Marzo y 14 de Mayo de 1867, que declaran que «como cuestión de hecho, toca á la Sala sentenciadora decidir si una persona estaba ó no incapacitada por falta de juicio para otorgar testamento, apreciando las pruebas que sobre dicho hecho se suministren; á cuya apreciación hay que atenerse ínterin no se alegue contra ella que al hacerla se ha cometido alguna infracción de ley ó doctrina legal.» Es verdad que estas sentencias se refieren al caso del testamento, pero esta circunstancia da más fuerza á nuestra opinión, puesto que revela que si tratándose del acto de otorgar la última voluntad, respecto del que la ley aparece menos restrictiva, cabe que su validez sea objeto de un litigio, demostrando así que los Tribunales son los que deciden sobre el particular, con mayor motivo se comprende que sea indispensable la decisión de aquéllos para establecer, no una afirmación particular, sobre un caso concreto, sino una general por virtud de la que se reconoce á una persona la capacidad de que había estado privada. Además, y en otro orden de ideas, si un individuo declarado loco judicialmente no obtiene su previa rehabilitación por declaración de los Tribunales, ¿cuál será su personalidad jurídica? La de ser loco, no la de un capaz. ¿Quién celebrará con él actos y contratos? Nadie, puesto que su condición *legal* es la de incapaz. La sentencia en este caso es á la persona del que haya sido declarado loco, lo que la partida de bautismo ó la certificación del registro á la del recién nacido: el documento justificativo de su personalidad jurídica. El individuo tiene personalidad desde que nace, pero tiene que acreditar su nacimiento por la inscripción en el Registro; para el loco el acto de recobrar su capacidad es un nuevo nacimiento á la vida civil; tiene que acreditarlo también.

Es, pues, indispensable, en nuestro sentir, una declaración judicial. ¿Cuál ha de ser ésta? El legislador ha mostrado siempre una marcada tendencia á la brevedad, tratándose de la declaración de incapacidad. La ley de Enjuiciamiento civil, refiriéndose al nombramiento de los curadores ejemplares, dice que «cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte declarada en sentencia firme, se acreditará *sumariamente* en un antejuicio.» El Real decreto de 19 de Mayo de 1885, sobre ingreso de dementes

en los manicomios, dispone en su art. 7.° que «para la admisión definitiva de un demente será preciso expediente instruído ante el Juez de primera instancia, en el cual se justifique la enfermedad y la necesidad ó conveniencia de la reclusión del alienado.» Por último, el Código acepta este criterio ordenando en su artículo 218 que «la declaración de incapacidad deberá hacerse *sumariamente*,» si bien añade en el 219 que «contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad, podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario.» Nuestro criterio se deriva de estas varias disposiciones y del principio de que á igualdad de fin, igualdad de medios. Si para declarar la incapacidad basta un procedimiento sumario, para afirmar la capacidad ha de ser suficiente idéntico procedimiento. Si los interesados tienen en el primer caso el derecho de promover juicio ordinario contra el auto que ponga término al expediente de capacidad, este mismo derecho han de tener en el segundo.

¿Contradice esto el precepto del párrafo segundo del art. 1.251, declarativo de que «contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión?» ¿Deberá promoverse esta clase de juicio? Ya hemos expuesto en párrafos anteriores nuestra negativa, en la que nos ratificamos. Bastaría para adquirir la convicción de lo procedente de nuestra opinión la lectura de los casos en que, según la ley de Enjuiciamiento civil (1), ha lugar al citado recurso, ninguno de los cuales tiene relación directa con el de la incapacidad; pero no es esto sólo. Las cuestiones referentes á la demencia, imbecilidad y sordomudez no son susceptibles de la excepción de cosa juz-

---

(1) Art. 1.796. Habrá lugar á la revisión de una sentencia firme:

1.° Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor ó por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

2.° Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos, ó cuya falsedad se reconociere ó declarare después.

3.° Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento á la sentencia.

4.° Si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia ú otra maquinación fraudulenta.

gada que rechaza su propia naturaleza. Como restricciones que son de la personalidad jurídica, á causa del estado físico de la persona, han de experimentar las modificaciones que ocasione los diversos cambios de dicho estado. No es posible, por tanto, admitir la excepción de cosa juzgada, que supone una regla inmutable y eterna, respecto de lo que es variable y temporal. Por otra parte, aun en el supuesto de que fuera pertinente alegar la excepción de cosa juzgada, no lo sería en el caso actual. En la resolución dictada acerca de la *incapacidad*, se afirmaba ésta *en el momento* de su pronunciamiento; en la dictada después, lo que se hace precisamente es reconocer que se ha recobrado la *capacidad con posterioridad al primer fallo*. No hay, pues, identidad de cosas ni de causas, requisito indispensable según el art. 1.252.

Hasta aquí hemos hablado del loco, pero entendemos que es aplicable todo lo dicho al sordomudo, ya que el Código, al ocuparse de ellos, los incluye en la misma sección y considera comunes á uno y otro sus preceptos. Existiendo una declaración judicial que incapacite al sordomudo, para devolverle su capacidad legal, es indudable que se requiere otra resolución posterior, derogatoria por ende de la primera.

Más difícil aún es el caso del pródigo. En el del loco ó demente puede acreditarse que ha cesado la causa de la incapacidad por reconocimiento facultativo; pero ¿cómo demostrar esto tratándose del pródigo cuando se le ha separado del medio ambiente, causa de su incapacidad, privándole de la administración de sus bienes? ¿Cómo evidenciar que se ha corregido cuando carecerá de ocasiones mediante las que pueda demostrar su enmienda? Si no administra ninguna clase de bienes, ¿cómo ha de probar si los dilapida ó no? Debido á esta dificultad de la prueba de la conversión y arrepentimiento del pródigo, es por lo que sin duda los Tribunales adoptan un criterio tan restrictivo en declaraciones de prodigalidad.

La dificultad está, pues, en la prueba, no en el extremo de si será necesaria una resolución judicial para afirmar que el pródigo ha recobrado su capacidad, extremo harto evidente. La sentencia de prodigalidad produce los mismos efectos que la locura: inscripción en el Registro de tutela, anotación en el civil é inscripción en el de la propiedad; luego la cancelación de estos diversos asuntos ha de requerir los mismos medios en uno y en otro caso.

Por esta razón, dada la paridad entre ambos, es aplicable al del pródigo todo lo expuesto respecto de el del loco.

No existe esta analogía absoluta en cuanto al procedimiento para obtener la rehabilitación del pródigo. La declaración de este estado ha de hacerse, según el art. 221, en juicio contradictorio; luego la declaración de considerar extinguida la prodigalidad exige, al parecer, igual medio. La prodigalidad ó su cesación es de prueba más difícil que la locura, y por eso el legislador ha creído conveniente escoger un procedimiento judicial extenso que ofrezca más garantía que el sumario que requiere para los casos de locura ó sordomudez.

De lamentar es que el Código haya omitido una disposición sobre particular tan interesante, cuando de seguir el ejemplo de los de algunas naciones que la contienen, hubiera evitado las dudas consignadas por nosotros y lo que debe tener más en cuenta un legislador, los litigios que éstas pueden ocasionar por insuficiencia de la ley. «La interdicción—dice el art. 512 de los Códigos francés y belga—cesa con las causas que la determinaron (imbecilidad, demencia ó locura, art. 489); sin embargo, no se pronunciará sentencia con este objeto *sin haber observado previamente las mismas formalidades prescritas para acordarla;* el que esté sujeto á la interdicción no podrá recobrar el ejercicio de aquellos derechos, sino después de haberse pronunciado la sentencia.» En cuanto al pródigo, declara el art. 513 que «se puede pedir la prohibición de proceder el pródigo sin la asistencia de un consejero judicial, por los que tienen derecho para solicitar la interdicción, y su demanda debe instruirse y fallarse del mismo modo. No procede alzar esta prohibición—añade el artículo—sino *observando las mismas formalidades.*»

El Código portugués dice también en su art. 386 que, «cesando la causa de la interdicción, se levantará ésta por sentencia en la que deberán observarse las *mismas formalidades prescritas para su declaración.*»

El mejicano consigna en su art. 510 que «la interdicción no cesará sino por la muerte del incapacitado ó por sentencia definitiva, que se pronunciará en juicio contradictorio, seguido conforme á las *mismas reglas establecidas para el de interdicción.*»

Los Códigos mejicano y portugués coinciden en cierto modo en el caso del pródigo, adoptando un criterio en el que predomina

la equidad más que el rigorismo de la ley. Declara el art. 482 del primero que «la tutela del pródigo puede cesar á los tres años, si él lo pide, prueba en debida forma su conducta, y consienten el curador y el Ministerio público, previa audiencia del tutor.» «Si la sentencia le fuera adversa—expresa el art. 483—puede requerir otras veces la cesación de la tutela, con tal de que entre el juicio anterior y el que promueve medie un intervalo de tres años cuando menos.» El de Portugal manifiesta en su art. 352 que «el pródigo, pasados cinco años, podrá pedir que la interdicción le sea levantada, y así se ordenará conviniendo en ello el consejo de familia y el Ministerio público. Si la resolución no fuere favorable, podrá renovar su solicitud pasados por lo menos cinco años, pudiendo reproducirla guardando el mismo intervalo.» El precepto del Código portugués nos parece aceptable con el tiempo de tres años señalado por el mejicano en vez del de cinco que fija.

Los Códigos de Italia y Guatemala no contienen precepto expreso sobre el particular que examinamos.

En oposición á los casos del demente, sordomudo y pródigo, el del interdicto no ofrece dificultad alguna; termina la tutela, en primer término, cuando el sujeto á ella haya cumplido la pena. No obstante esto, hemos de hacer una aclaración. Las dos penas que llevan consigo la interdicción son las de cadena temporal y perpetua. Parece, pues, una contradicción, una paradoja, hablar de término de la tutela tratándose de una pena de carácter perpetuo; pero conviene recordar que en realidad no es así. El art. 29 del Código penal establece que «los condenados á las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y á la de extrañamiento perpetuo serán indultados á los treinta años de cumplimiento de la condena, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves no fuesen dignos de indulto, á juicio del Gobierno.» Terminará también la tutela del interdicto, con arreglo al art. 132 del Código penal, cuando se extinga su responsabilidad penal por un indulto especial ó por la amnistía, que borran por completo la pena y sus efectos, según declara el núm. 3.º del citado art. 132.

¿Son las mencionadas hasta aquí las únicas causas por las que cesa la tutela? No. El Código ha omitido otros casos en que la tutela termina: todos aquellos en los que el padre ó la madre pierden la patria potestad, ó son suspendidos en su ejercicio por

alguna de las causas expresadas en los artículos 168 al 171. Si la madre viuda que ha pasado á segundas nupcias vuelve á enviudar *recobrará* desde este momento—dice el art. 172—su potestad sobre todos los hijos no emancipados. Luego cesará *ipso facto* la tutela que se hubiera constituído. Lo mismo sucede en los casos del art. 169, 170 y 171. Extinguida la responsabilidad penal en el número 2.° del art. 169; suspendidos ó terminados los efectos del divorcio (núm. 1.° del mismo artículo); vuelto el padre ó la madre ausente (cuando viva sólo uno de los cónyuges) ó no existentes los motivos que según el art. 171 puedan dar lugar á que los Tribunales priven á los padres de la patria potestad ó los suspendan en el ejercicio de ésta, terminará también la tutela que se hubiese constituído por virtud de cualquiera de las circunstancias mencionadas.

Otra de las causas por las que cesa la tutela, causa consignada en otros Códigos y omitida en el nuestro, es la muerte del menor ó incapacitado, omisión que no admite otra explicación que la de que no haya creído conveniente enumerar más que las de índole exclusivamente legal.

Algunos Códigos comprenden como otras de las causas (y así lo hacía la legislación de Partidas) la muerte del tutor; pero ésta no puede considerarse como tal, puesto que no afecta á lo esencial del fundamento de la tutela. Mientras el menor ó el incapacitado viva, subsistirá la tutela, que existe por ellos y no por el tutor, que puede ser reemplazado por otro. El carácter de tutor no puede compararse con el de padre, en el que (el de padre), muerto éste, se extingue la representación jurídica, ó sea la patria potestad que es inherente á su personalidad. En esta parte, el Código español se hace acreedor á elogios.

Hay casos, sin embargo, en los que si bien no concluye la tutela por muerte del tutor, termina una determinada clase de ella, para dar lugar á otra distinta. Tal sucedería, cuando por muerte ó remoción del tutor testamentario, se abriese la tutela legítima, ó cuando por desaparecer con el pariente que hubiese desempeñado ésta los que conforme al art. 220 tienen este derecho, correspondiese la dativa. Pero esto mismo viene á confirmar lo sostenido por nosotros: que la tutela, esto es, la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes de un individuo, no termina por la muerte del tutor, puesto que en su lugar cabe nombrar otro.

Una cuestión, relacionada también con la conclusión de la tutela, se ofrece sobre este particular. Conforme al art. 212, los jefes de las Casas de expósitos son los tutores de los recogidos y educados en ellas. Éstos pueden salir de dichos establecimientos antes de la mayor edad, y de hecho salen, y preguntamos: cuando esto tenga lugar, ¿quién será el tutor de los que hasta entonces han estado acogidos? Tanto por la letra como por el espíritu del artículo, parece desprenderse que sólo los jefes de los citados establecimientos tienen el carácter de tutores de dichas personas mientras permanezcan en la Casa donde estén asilados. Pero frente á este razonamiento se présenta el de que todo individuo menor de edad necesita una persona que supla su incapacidad y le represente en todos los actos civiles; claro es que el expósito, respecto del que hay que establecer la presunción de que carece de las expresadas personas, al desconocerse su familia, no va á ser excluído de ese precepto general. Teniendo en cuenta ambas consideraciones, creemos que la duda se encuentra resuelta del modo siguiente: si los que han permanecido en un establecimiento tienen familia, la tutela corresponderá á los individuos que la componen, en la forma y con los requisitos marcados por el Código. Si no la tienen, los jefes del establecimiento benéfico, que hasta entonces han desempeñado el cargo de tutor de los mismos. Esto es tanto más evidente, cuanto que los asilados en algunos de esos establecimientos sólo pueden permanecer en ellos hasta determinada edad, inferior á la de veintitrés años, y no van á encontrarse dichos individuos, por circunstancias extrañas á su voluntad, con carencia absoluta de capacidad, esto es, con personalidad humana, pero no jurídica. Además, el Código indica claramente que la relación jurídica entre el jefe del establecimiento benéfico y el acogido en ella sigue hasta la emancipación de éste, puesto que, según el art. 46 del mismo, corresponde al primero otorgar la licencia para el matrimonio del segundo.

¿Qué efectos civiles producirá la terminación de la tutela? El primero es la rendición general de cuentas y el consiguiente abono del saldo que de ellas resultare, ya á favor, ya en contra del tutor, como preceptúa el art. 281 y se deriva del 286. Inherente á la dación de cuentas es la cancelación de la fianza, cuando el tutor no haya incurrido en ninguna responsabilidad, ó haya extinguido ésta, según declara el 159, cancelando también los

asientos que se hayan hecho en el Registro de tutela, y en su caso en el de propiedad. Deberá también verificarse en el Registro civil la anotación ordenada en el art. 60 de la ley de 1870, de la que hemos hablado en este comentario. Por último, efectos de la terminación de la tutela son la disolución del consejo de familia y la subsiguiente entrega al que hubiese estado sujeto á tutela de las actas de sus sesiones, efectos señalados respectivamente en los artículos 313 y 311.

Derecho vigente.—*Civil.*—Termina la tutela: *en absoluto:* 1.° por muerte del menor ó incapacitado; 2.°, por la mayor edad; 3.°, por la adopción; 4.°, por haber cesado la causa que la motivó, ó sea tratándose de loco, demente, imbécil, sordomudo y pródigo, por haber recobrado su capacidad ó adquirido el pródigo buena conducta, justificados estos extremos judicialmente, y del interdicto, cumplida la pena ó extinguida la responsabilidad penal por amnistía ó indulto; 5.°, por los mismos motivos que el interdicto, cuando al padre ó madre viudo se le hubiese impuesto en sentencia dictada en causa criminal la pena de la privación de la patria potestad; 6.°, por haber cesado los efectos de la sentencia firme de divorcio ó las causas que privaron á los padres ó á uno de ellos de la patria potestad, ó la suspensión del ejercicio de la patria potestad, y 7.°, por recobrar la madre viuda que hubiera contraído posterior matrimonio la patria potestad, en el caso de que volviera á enviudar.

Relativamente: 1.°, por habilitación de edad; 2.°, por emancipación por causa de matrimonio.

Efectos de la terminación de la tutela: 1.°, rendición general de cuentas por el tutor; 2.°, cancelación de la fianza prestada para asegurar el ejercicio de la tutela y de los asientos hechos con este motivo, ya en el Registro de la tutela, ya en el de la propiedad; 3.°, anotación al margen de la partida de nacimiento de la modificación sufrida en el estado civil del sujeto á tutela, cuando ésta haya reconocido como causa la locura, demencia ó imbecilidad, la interdicción ó la prodigalidad, y 4.°, disolución del consejo de familia y entrega al que fué menor ó incapacitado de las actas de sus sesiones. (Apéndice núm. 3.° *Manicomios.*)

CAPÍTULO X

DE LAS CUENTAS DE LA TUTELA

«La rendición de cuentas es una consecuencia de la tutela,» dice la sentencia de 7 de Octubre de 1863, y este principio, aceptado ya por la legislación derogada (Fuero Real y Partidas), y establecido en la procesal, ha sido también consignado de modo expreso en la moderna del Código civil.

La dación general de cuentas al concluir la tutela no ha parecido al legislador garantía suficiente para los intereses del menor, y ordena (art. 279) la rendición anual de ellas. Esta disposición es acertada. La tutela puede prolongarse durante largo tiempo, y esperar á su término para depurar la gestión del tutor equivaldría á proclamar la imposibilidad de hacer efectiva en muchos casos la responsabilidad de aquél. En cambio, examinando dicha gestión cada año puede conocerse la conducta del tutor ó impedir que perjudique al menor ó incapacitado, acordando su remoción. En los cargos que llevan consigo la administración de un caudal es conveniente todo cuanto se refiera á intervenir ó examinar con el menor lapso de tiempo posible la marcha de la administración. El precepto (el de la rendición anual de cuentas) figuraba en la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.876), pero dejando el cum-

plimiento de la obligación al arbitrio judicial, que, fuerza es confesarlo, no conseguía el resultado apetecido por el autor de la ley.

La obligación no alcanza á todos los tutores. Están exentos de ella los parientes en línea recta del sometido á tutela y los colaterales ó el extraño á quienes se hubiese otorgado el cargo con la asignación de frutos por alimentos. El fundamento de la excepción compréndese desde luego: la confianza que inspiran los exceptuados al legislador, unos (ascendientes ó descendientes) por la proximidad del parentesco, otros (colaterales ó extraños) por el modo de ejercer el cargo, que supone á su vez confianza ilimitada por parte de la persona que les designó.

La tutela requiere la coexistencia de tres personas: dos individuales, tutor y protutor, y una colectiva, consejo de familia. El protutor representa, ó mejor dicho, ostenta el carácter de Ministerio público en el orden de la tutela, y el consejo es en realidad el tribunal ante quien han de exponerse todas las cuestiones que se susciten en dicho orden y dar su fallo ú opinión sobre ellas. No podía ser una excepción de esto un acto de transcendencia tan grande como el de la rendición de cuentas, y de ahí que disponga que las cuentas sean examinadas por el protutor y censuradas por el consejo.

El tutor puede no ejercer su cargo hasta la conclusión de la tutela, y en este caso, dispone el art. 280 que rinda cuenta general de su gestión al tutor que le reemplace, con intervención de las mismas entidades que en la dación anual, protutor y consejo de familia. No se limita el Código á establecer la obligación. Su autor ha comprendido que dejando su observancia á

merced del obligado, podía muy bien no traspasar los límites de precepto, sin llegar á la categoría de hecho, y amplía la obligación al nuevo tutor imponiéndole el deber de pedir y tomar cuenta á su antecesor bajo la sanción de responder de los daños y perjuicios que se causaren al menor por su omisión ó mala fe.

Terminada la tutela, el tutor (art. 281) tiene que dar cuenta total de su administración al que estuvo sometido á ella, ó á sus representantes ó derechohabientes. Las cuentas han de ser fundadas, esto es, justificando cada una de sus partidas (art. 283), siendo de cargo del menor ó incapacitado (art. 284) los gastos que ocasionare su rendición, á no ser que hubiese mala fe por parte del tutor, caso en el que serán imputables á éste.

El Código, al hablar en el art. 279 de la rendición anual de cuentas, requiere la intervención ó fiscalización del protutor y la del consejo de familia: en el 282 sólo la de éste. ¿A qué obedece tal distinción? No encontramos otra explicación sino la de que en el caso presente, como la tutela ha concluído, el sometido á ella ha de examinarlas, cosa que no sucede en el del artículo 279. De todas maneras, ya que el consejo de familia desempeña su misión, aun terminada la tutela, creemos que el protutor debiera ejercerla también en este acto.

La rendición de cuentas requiere el otorgamiento de un convenio referente á ella, que á más de ser prueba de la misma, sirva para los efectos indicados en el afianzamiento, ó sea el de constituir título para la cancelación de la fianza hipotecaria. El convenio, caso de que se celebre, no ha de ser en un solo acto, es

decir, á seguida del examen de las cuentas; precisa un plazo para que ambos interesados puedan reflexionar acerca de las condiciones del contrato, fijando el Código el de quince días.

Los efectos de los convenios que otorguen el tutor y el que estuvo bajo su guarda, ó los representantes legales de éste, no trascienden más allá de la esfera civil; la penal, aplicando el precepto inflexible característico de la misma de que el perdón de la parte ofendida no extingue la acción criminal, obliga al consejo de familia—en el párrafo segundo del art. 285—á denunciar á los Tribunales los delitos que hubiese cometido el tutor en el ejercicio de la tutela.

La obligación de entregar ó hacer uso de una cosa, sabido es que trae como consecuencia la indemnización de daños y perjuicios cuando el obligado incurre en dolo, negligencia ó morosidad, indemnización que en el caso de deuda de dinero, consiste en el pago de los intereses convenidos, y á falta de convenio, en el interés legal. Pues bien: este criterio extiende con justicia el art. 286 al caso de la tutela. El saldo, ó sea la cantidad líquida en dinero que el tutor deba al menor ó incapacitado, ó viceversa, alguno de éstos á aquél, devenga interés legal; en el primer caso desde la rendición de cuentas, y si no las hubiese dado, desde el término legal para ello; en el segundo, desde que el menor sea requerido para el pago, previa entrega de los bienes.

El Código, procediendo con acierto, deja indirectamente á la voluntad y á la actividad de las partes el fijar el momento desde el que han de percibir los intereses, castigando de este modo su propia negligencia ó mala fe. Así, respecto del tutor, señala como momento

el del requerimiento al menor ó incapaz para el pago, pero entregando antes los bienes; con relación al menor ó incapacitado, el de la rendición de cuentas ó el de haber espirado el término para ello, induciendo así á uno ú otro á que no demore el exigir la rendición.

La tutela origina relaciones jurídicas directas entre el sujeto activo y el pasivo de la misma, creando acciones especiales á favor de uno y otro; de aquí que el legislador haya creido conveniente señalar un plazo especial para el ejercicio de dichas acciones. El art. 287 señala el de cinco años, término que nos parece aceptable por ser suficiente para el fin con que está consignado, preferible al de diez años que establecen los Códigos de otras naciones (Francia é Italia).

ART. 279. El pariente colateral del menor ó incapacitado, y el extraño que no hubiesen obtenido el cargo de tutor con la asignacion de frutos por alimentos, rendirán al consejo de familia cuentas anuales de su gestión.

Estas cuentas, examinadas por el protutor y censuradas por el consejo, serán depositadas en la Secretaría del Tribunal donde se hubiese registrado la tutela.

Si el tutor no se conformase con la resolución del consejo, podrá recurrir á los Tribunales, ante los cuales los intereses del menor ó incapacitado serán defendidos por el protutor.

Concordancias.—Igual al art. 245 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Enjuiciamiento civil.*—Artículo 1.876. Dentro de los ocho primeros días de *cada año*, los

Jueces examinarán dicho Registro, pedirán los informes que sean necesarios y acordarán según los casos:

2.° Que rindan cuentas los tutores y curadores que deban darlas.

COMENTARIO.—Siguiendo la doctrina de algunos Códigos extranjeros (italiano, art. 303, y mejicano, 646), el nuestro establece el precepto de la rendición anual de cuentas por el tutor. Cierto es, y hacemos esta manifestación para evitar que se entienda que es inexacto lo afirmado en el primer párrafo de este comentario, que la ley de Enjuiciamiento civil hablaba ya de la rendición anual de cuentas, pero lo hacía en términos condicionales, dejando el cumplimiento de la obligación al arbitrio del Juez, en tanto que hoy constituye un deber ineludible respecto de los tutores á quienes alcanza.

Estas últimas palabras dan á conocer que tal disposición no comprende á todos los tutores, y así lo declara el párrafo primero del artículo. Sólo están obligados á la rendición de cuentas el pariente colateral del menor ó incapacitado y el extraño que no hubiesen obtenido el cargo con la asignación de frutos por alimentos.

La excepción de este deber obedece á dos diversas causas: el parentesco y el modo con que se le hubiese deferido el cargo al tutor. Con arreglo al primero, los ascendientes y descendientes del menor ó incapacitado y el cónyuge, están exentos de la rendición parcial de cuentas, cualesquiera que sean las condiciones con que hayan entrado á desempeñar la tutela respecto del caudal del menor, esto es, aunque no hayan sido nombrados con la asignación de frutos por alimentos; conforme al segundo, únicamente quedan libres del cumplimiento de la obligación cuando el cargo haya sido obtenido con tal calidad.

El fundamento de esto compréndese desde luego, y no es otro que la distinta confianza que han inspirado al legislador las personas en las que puede recaer el cargo de tutor. Lógico es suponer que tanto los abuelos y padres, como los hijos ó el cónyuge, cuando sean tutores los unos de los otros, han de cuidar con acendrado cariño de la persona del pupilo ó incapaz, y velar con honradez y celo por sus intereses, sin que sean de temer malversaciones del capital del mismo, ya que es tan próximo el vínculo

de la sangre, que sonroja y avergüenza pensar que en este caso pudieran menoscabarse los citados intereses. No sucede lo mismo en los demás casos, es decir, cuando el tutor ocupa un grado lejano en la escala de la familia, ó cuando no pertenece á ella; debido á esto, sin duda, el autor del Código ha estimado conveniente buscar, en defecto de la garantía que ofrece el cariño, la que pueda suministrar la ley. Pero aun con relación á éstos hay un caso en que existe motivo análogo al en que el tutor sea ascendiente, descendiente ó cónyuge para no imponer la obligación de que nos ocupamos: aquel en que el tutor, colateral ó extraño, haya sido nombrado con la condición de frutos por alimentos. Supone esto que quien le ha designado abriga en él absoluta confianza, y el legislador tiene que acatar la voluntad expresa de la persona más interesada.

El artículo determina que la rendición de cuentas por el obligado á ello, ha de ser anual, y preguntamos: ¿á qué año se refiere: al natural, ó sea de Enero á Diciembre, ó al transcurso de doce meses desde que comience el ejercicio de la tutela? Por ejemplo: un tutor entra en el desempeño de su cargo el 1.° de Agosto: ¿cuándo debe rendir la cuenta anual? ¿Dentro de cada año de Enero á Diciembre ó en el período de tiempo entre Agosto de un año é igual mes del siguiente? En realidad, esto sería lo más exacto y riguroso, puesto que la rendición de cuentas las presta el tutor por razón del ejercicio de su cargo, y aquélla debe hallarse en relación con el tiempo de dicho ejercicio. Sin embargo, creemos que en la práctica regirán simultáneamente una y otra costumbre, y entendemos que lo más conveniente será que el consejo de familia señale la época en que ha de verificarse la rendición de cuentas. El proyecto de 1851 señalaba el mes de Enero, no para rendir cuentas, sino para presentar al protutor un estado de la situación en que se encontrare el patrimonio del menor.

No expresa el Código cómo ha de verificarse la rendición, pero no cabe duda que debe ser en la forma que para la general, á la terminación de la tutela, establece el art. 283, esto es, acompañando á cada partida su correspondiente justificativo, salvo la excepción que el mismo art. 283 señala.

El examen de las cuentas corresponde al protutor, como encargado de vigilar los intereses del menor ó incapacitado, y la

censura, al consejo de familia. Censurar es formar juicio de una obra ó cosa, de modo que no significa, aplicando la palabra al caso presente, aprobación de las cuentas, sino opinión ó dictamen acerca de las mismas. Entendemos, por consiguiente, que el artículo quiere decir que el consejo haga constar su juicio sobre las cuentas presentadas, en unión de el del protutor, puesto que de nada serviría que éste las examinase si no se consignaba su opinión. Así es que, en nuestro sentir, el protutor deberá insertar su opinión, y, en todo caso, redactar su dictamen el consejo expresando que se halla de conformidad con el del protutor.

La censura ¿en qué términos ha de estar concebida? Cuando sea favorable á la rendición practicada, no cabe duda que puede redactarse en términos generales. Y cuando no merezca la aprobación del consejo, ¿cómo deberá hacerse? En este caso, creemos que será necesario fundamentar el dictamen del consejo, esto es, expresar por qué no se aprueba, por ejemplo, por no encontrar justificada una de las partidas del Debe ó Haber, por considerarla equivocada ó por cualquier otra causa. De aquí deducimos que el consejo puede ordenar al tutor, antes de emitir su censura, la práctica de cualquiera operación encaminada á desvanecer las dudas que se ofrezcan ó el error que se presente en la cuenta, señalando un término al efecto, y una vez desvanecido ó rectificado una y otro, censurar en forma las cuentas. Si el tutor se negare á ello, el consejo censurará las cuentas sin perjuicio de acordar el ejercicio de las acciones correspondientes.

¿Cómo ha de verificarse la rendición anual de cuentas? ¿Han de ir acompañadas de sus justificativos? El Código parece que limita este requisito, según el art. 383, al caso de las cuentas generales de la conclusión de la tutela. Conviene fijarse en que hablamos de que los documentos no han de acompañar á las cuentas: pero no vemos inconveniente en que se acompañen á las parciales de cada año, puesto que debiendo ser depositadas, los justificativos estarán también en el lugar seguro. Es una cuestión que se resolverá de un modo distinto en cada caso, ya que en algunos se exhibirán y en otros se reservarán para la rendición general.

Cuando sean varios los sometidos á tutela se formará una cuenta para cada uno de ellos, á fin de conocer el estado de su patrimonio y fijar individualmente en su día la responsabilidad,

puesto que uno podrá resultar acreedor del tutor y otro deudor.

Las cuentas han de ser depositadas en la Secretaría del Tribunal (Juzgado) donde se hubiese registrado la tutela. Dada la organización actual de los funcionarios de la fe pública judicial del orden civil, estimamos que el Secretario á que se refiere el artículo es el actuario que desempeñe este cargo en cada Juzgado. ¿Cómo han de depositarse las cuentas: originales ó en extracto? En nuestro sentir, originales, en atención á las palabras del artículo. Dice «estas cuentas», de modo que se refiere á las que rinda el tutor.

Para el caso en que las cuentas sean censuradas desfavorablemente por el consejo de familia, se encuentra establecido sin duda el párrafo último del artículo, concediendo al tutor el derecho de recurrir á los Tribunales contra la resolución del consejo. ¿Durante qué término? No lo fija el artículo ni es posible, por esta razón, determinarlo. Se trata de una cuestión de carácter contencioso, de un verdadero juicio entre el tutor y la representación legal del menor ó incapacitado, como lo expresa con claridad el mismo artículo al manifestar que los intereses de éste serán defendidos por el protutor, y todo juicio puede promoverse mientras subsista la acción que en él se ejercite. Sin embargo, como tiempo máximo, puede señalarse el establecido en el art. 287. Si el tutor muriese ó fuere reemplazado por otro, el tiempo para el ejercicio durará hasta cinco años después de la muerte ó de la sustitución.

El artículo no distingue el caso en que las cuentas sean censuradas favorablemente de aquél en que lo sean de una manera desfavorable; en ambos ordena, como queda expuesto, que sean depositadas. Con este motivo se pregunta: el consejo de familia ¿carecerá en el primer caso de todo recurso contra el tutor, cuando éste lo tiene, conforme al párrafo último? En nuestro sentir, tiene uno, el de la remoción del tutor y subsiguiente el de exigir en su caso la entrega del saldo que resultare en contra del mismo.

Procede ésta, entre otras causas, por conducirse mal en el desempeño de la tutela según el núm. 4.° del art. 238. Ahora bien: el tutor cuyas cuentas merecen dictamen desfavorable del consejo de familia, ¿no demuestra que el desempeño de su cargo no es todo lo acertado que debiera, precisamente en la parte acaso más principal de su misión, como es la relativa á la gestión de los intereses del sujeto á tutela? Esta consideración se ofrece aun

con caracteres más evidentes en el supuesto de la reincidencia, es decir, cuando las cuentas de dos ó más años fuesen censuradas en sentido desfavorable al tutor. En tal caso era ya innegable que éste, si no fundaba su conducta en fines torcidos y egoístas, se encontraba al menos revestido de negligencia ó ineptitud tales que le impedían cumplir bien su cargo, y en uno y en otro caso se impone la remoción, y es lícito acordarla, de conformidad con el indicado inciso 4.° del art. 233.

¿Cuántos años han de estimarse en todo caso suficientes para pedir la remoción? Nuestra opinión es que bastaría con dos, sean ó no consecutivos, ya por las razones expuestas en el párrafo anterior, ya porque en cuestión de tutela debe procederse siempre restrictivamente, esto es, en pro de los intereses del menor ó incapacitado Y no era muy acomodado á esta regla esperar á una doble reincidencia, cuando la simple era un dato, por desgracia, harto expresivo.

Hemos hablado hasta aquí del caso en que el tutor rinda cuentas, pero puede suceder que se niegue á ello, caso en que entendemos que podrá ser compelido judicialmente al cumplimiento. Se trata de una obligación declarada por la ley, y como todas, su cumplimiento cabe que sea exigido de una manera coactiva y forzosa, esto es, ante los Tribunales. Además, procedería su remoción.

El Código mejicano ha previsto este caso en su art. 646, que declara que la falta de la cuenta anual de su administración por tres años, aun cuando no sean consecutivos, motivará la remoción del tutor como sospechoso. Nuestro criterio respecto de este particular es más rigoroso. Estimamos que la mera negativa del cumplimiento de una obligación impuesta por la ley en garantía del menor ó incapacitado (á no ser que la negativa obedezca á causa fundada) implica la destrucción de esa garantía y origina la sospecha por lo menos del mal desempeño del cargo de tutor. Quien sin motivo justo se niega á rendir determinada cuenta, revela que los actos que motivan dicha cuenta no se encuentran muy acomodados á la verdad y á la buena administración, y sería peligroso dejar que esa persona continuase ejecutando esos mismos actos. Si un apoderado se niega á rendir cuentas á su poderdante, ¿no es de suponer que éste le revocará el mandato que le otorgó sin esperar á que formule igual negativa en otra ocasión?

¿Por qué no ha de aplicarse este mismo criterio tratándose del tutor, que es un administrador de los bienes del menor ó incapacitado, ya que éste no puede pedir por sí su remoción? Consideramos que esto es lo que aconseja la prudencia, lo que determina el Código de un modo genérico en el caso 4.° del art 238, y abrigamos la esperanza de verlo confirmado en la práctica por la sanción de los Tribunales.

Derecho vigente.—*Civil.*—*Tutores obligados á rendir cuentas anuales de su gestión.* Los que sean parientes colaterales del menor ó incapacitado, y el extraño que hubiese obtenido el cargo sin la asignación de frutos por alimentos.

Tiempo en que han de rendir las cuentas.—El que señale el consejo.

A quiénes corresponde examinar y censurar las cuentas.—Al protutor y al consejo, respectivamente, consignando el primero el resultado del examen, y el segundo el dictamen que le merezcan las cuentas, depositándolas, una vez censuradas, en la escribanía del Juzgado donde se hubiese registrado la tutela.

ART. 280. El tutor que sea reemplazado por otro estará obligado, y lo mismo sus herederos, á rendir cuenta general de la tutela al que le reemplace; cuya cuenta será examinada y censurada en la forma que previene el artículo precedente. El nuevo tutor será responsable al menor de los daños y perjuicios, si no pidiere y tomare las cuentas de su antecesor.

Concordancias.—Análogo al art. 259 del proyecto de 1851.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO. — La disposición del artículo es idéntica á la del 648 del Código mejicano, que dispone que «el tutor que entre al cargo, sucediendo á otro, está obligado á exigir la entrega de bienes y cuentas al que le ha precedido, siendo responsable, si no la exige, de los daños y perjuicios que por su omisión se sigan

al menor», y análogo á la del 401 del de Guatemala, que establece que «si el tutor que sucede á otro no exigiere la entrega de los bienes y cuentas, es responsable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se sigan al menor.»

La conveniencia del precepto es indiscutible. Si un tutor entra en el desempeño de su cargo, después de haberlo ejercido otro, lógico es, y hasta necesario, que se practique una revisión general de la administración del primero, una rendición total de cuentas, con objeto de evitar que caigan sobre el segundo responsabilidades producidas por el anterior, y conseguir, por el contrario, que puedan ser exigidas á éste por aquél.

El artículo habla de reemplazo, pareciendo referirse al caso en que obedezca á una causa voluntaria; pero, á nuestro entender, precisa extenderlo á aquellos en que sea forzosa, es decir, á todos los casos en que entre una nueva persona á desempeñar la tutela, sea cualquiera el motivo de ello (excusa, remoción ó muerte del tutor anterior). No puede ser de otro modo, atendiendo al fundamento del precepto del artículo, ó sea la necesidad de la rendición de cuentas como trámite previo é ineludible para que el segundo tutor pueda ejercer su cargo sin asumir responsabilidades no contraídas por él.

La rendición de cuentas es general; de modo que ha de verificarse en la forma señalada en el art. 283, esto es, acompañando á las cuentas sus documentos justificativos. El examen y censura ha de hacerse también del modo determinado en el art. 279 siendo aplicable lo dicho en él.

De la rendición de cuentas resulta un saldo á favor ó en contra del tutor. ¿Durante qué tiempo podrá éste reclamarlo ó hasta qué tiempo podrá el nuevo tutor exigírselo? Con más propiedad, ¿cuándo prescribirán las acciones que recíprocamente asisten al tutor ó al menor (representado, en el caso que estudiamos, por el nuevo tutor), por razón de la tutela desempeñada por el reemplazado? Contestando á esta pregunta, el art. 287 dispone que á los cinco años de *concluída* la tutela; pero aquí surge precisamente la duda al fijar el momento en que se ha de considerar terminada. ¿Cuál ha de ser este momento: alguno de los que establece el art. 278 ó el del reemplazo del tutor? Es verdad que la tutela sólo concluye por las causas mencionadas en el citado artículo 278; pero es la necesidad de la guarda, no la tutela desem-

peñada por *determinada* persona, que concluye cuando cesa dicha persona en el ejercicio del cargo. A partir de este momento, es desde el que pueden ejercitarse las acciones referentes á la tutela terminada.

La doctrina del art. 287 ha de aplicarse en relación con la del 278, es decir, se han de contar los cinco años desde la conclusión de la tutela por alguna de las causas mencionadas en éste, respecto del tutor que esté desempeñando el cargo en el instante de la conclusión definitiva de aquélla. Es un axioma jurídico que una persona responde de sus actos, no de los ejecutados por otros (salvo lo dispuesto en el art. 1.093 del Código); luego el tutor debe responder sólo de su gestión, no de la de los tutores que le hayan precedido en el ejercicio del cargo. Pues bien: este principio se destruiría si se entendiere que hasta la terminación de la tutela no cabía exigir responsabilidad á todos los que hubieran desempeñado sucesivamente la tutela de una persona, puesto que el último tendría que responder por los anteriores. Por otra parte, el aplazamiento de rendición general de cuentas hasta la conclusión de la tutela, por alguna de las causas comprendidas en el art. 278, supondría tanto como proclamar la negación de tal deber por la imposibilidad ó dificultad de cumplirlo en muchos de los casos. Así sucedería en el de la tutela por locura ó sordomudez, cuando el loco ó el sordomudo no recobrare la capacidad durante toda su vida, y fuesen varios los tutores en el transcurso de ella. Si vive, por ejemplo, cincuenta años, y habían sido tres los tutores, sería un verdadero caos la rendición de cuentas por el último, que haría imposible ó dificultaría, por lo menos, la sanción de las responsabilidades establecidas en la ley.

El Código equipara el caso de reemplazo de tutor al de conclusión de la tutela porque, en efecto, concluye con relación al tutor reemplazado, y lo prueba al declarar el artículo obligado á éste á rendir cuenta general de su gestión, como lo ordena también en el art. 281 respecto de la terminación de la tutela.

Entendemos, pues, que el tutor reemplazado está obligado á rendir cuentas á su sustituto, contra el que podrán ejercitarse en su caso las correspondientes acciones durante cinco años *desde que cesó en el cargo*.

Hemos supuesto siempre que el tutor reemplazado haya prac-

ticado la rendición de cuentas; pero si se niega á ello, ¿durante qué tiempo podrá exigirse judicialmente la rendición? El término será el mismo ya indicado, el de cinco años desde el reemplazo, ó sea desde la muerte, aceptación de la excusa ó declaración de remoción, opinión que se armoniza con el precepto del párrafo primero del art. 1.972, que dice que «el término de la prescripción de las acciones para exigir rendición de cuentas corre desde el dia en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlas.»

Puede ocurrir que promovido el pleito por el nuevo tutor contra el reemplazado para exigirle la oportuna rendición de cuentas termine, por ejemplo, bien un año antes de transcurrir los cinco siguientes á la conclusión de la tutela, bien después de pasado este tiempo. ¿Qué término habrá para exigir el saldo resultante de la liquidación ó rendición de cuentas? En el primer supuesto, pudiera alegarse que durante el que faltaba hasta el vencimiento de los cinco de que habla el art. 287; pero, aparte de que sería un término variable para cada caso, resulta que no cabría aplicar tal principio en el segundo supuesto, porque se refiere al caso en que el litigio ha terminado con posterioridad á los indicados cinco años.

En nuestro entender, rige entonces el precepto del párrafo segundo del art. 1.972, declarativo de que «el término correspondiente á la acción por el resultado de las cuentas corre desde la fecha en que fué éste reconocido por conformidad de las partes interesadas,» con la variación de que el punto de partida, ó sea el dia desde que comenzará la prescripción en el caso presente (esto es, cuando haya pleito) será el en que se haya fijado el resultado de la liquidación judicial. La razón que nos asiste para sostener este criterio es la de que se trata, no de una acción derivada del ejercicio de la tutela, que son las taxativamente comprendidas en el repetido art. 287, sino de una acción nacida del resultado de la liquidación. Pruébalo con evidencia clarísima el mismo artículo 1.972, que establece dos acciones, una en su primer párrafo para exigir rendición de cuentas, otra en el segundo, para exigir el resultado de la liquidación; la primera sí nace del ejercicio de la tutela, como quiera que es una obligación del tutor la rendición de cuentas, principio contenido ya en la sentencia de 7 de Octubre de 1863 al decir que «la rendición de cuentas es una consecuencia de la tutela;» la segunda reconoce como

causa la primera, puesto que nace, no de la tutela, sino de la rendición de cuentas. Esta diversidad de acciones para la dación de cuentas y para exigir el resultado de ellas se hallaba ya establecida por la jurisprudencia anterior al Código, consignada en varias sentencias. «La obligación de rendir cuentas de cierta cantidad no entregada—dice la sentencia de 9 de Noviembre de 1857, repetida expresamente en la de 28 de Noviembre de 1871—*no envuelve* la de satisfacerla, por ser cosas enteramente distintas,» doctrina que establece también la de 7 de Mayo de 1859 al declarar que «el pleito en que se pide liquidación de cuentas y el que se sigue para reclamar cantidades en virtud de esta liquidación, ó sin ella por no haber habido avenencia, *son contiendas diferentes.*»

Existen, pues, dos acciones: acción para exigir rendición de cuentas al tutor, prescriptible á los cinco años de concluída la tutela, como derivada esencialmente de ésta; acción para reclamar el saldo de la liquidación, sea á favor ó en contra del tutor, prescriptible á los quince años, término de la acción personal en general, contados, ya desde que fuese reconocido el resultado de la liquidación por conformidad de las partes, ya desde que fuese fijado por resolución judicial, bien se haya practicado la liquidación extrajudicialmente, bien lo haya sido judicialmente.

Las consideraciones acabadas de exponer son recíprocas, esto es, lo mismo para el caso de que el nuevo tutor deba reclamar contra el anterior, como para el contrario de que el tutor reemplazado haya de dirigirse contra el menor ó incapacitado.

Sigamos estudiando el artículo. No es una obligación la que establece éste, sino dos: una correspondiente al tutor reemplazado, que es la que hemos expuesto, y otra impuesta al nuevo tutor. Éste no debe limitarse á esperar que aquél rinda cuentas de su gestión; tiene que pedirlas, puesto que de no hacerlo es responsable de los daños y perjuicios que resulten *al menor*. Esto dice literalmente el artículo, sin mencionar al incapacitado; pero no encontramos motivo para esta distinción, odiosa si lo fuere realmente, y creemos que es una de las varias omisiones que contiene el Código.

No señala éste período de tiempo dentro del cual ha de verificarse la rendición, y como hay que evitar en lo posible que un tutor de mala fe se prevalga del silencio del Código, considera-

mos medio acertado el de que el consejo de familia señale un plazo al tutor reemplazado, ó aun mejor y más acomodado al precepto del artículo, conmine al nuevo para que en el plazo que ordene exija al anterior la oportuna rendición de cuentas.

Puede suceder que el nuevo tutor sea á su vez reemplazado ó muera sin haber obtenido la rendición de cuentas por aquel á quien reemplazó y se nombre un tercer tutor. Pues bien: éste deberá exigir al segundo la rendición general de cuentas de su gestión. ¿Qué competirá hacer respecto de las del primero? A primera vista parece lo lógico afirmar que obligar al segundo tutor ó á sus herederos á que exijan al primero la correspondiente dación de cuentas; mas nosotros no lo entendemos así. El tutor posterior tiene derecho á exigir al anterior la rendición de cuentas por su carácter de tutor, ó sea de representante del menor; cuando se pierde este carácter, se extingue también aquel derecho. Creemos, por tanto, que el tutor últimamente nombrado es el que posee acción y disfruta de personalidad para exigir dicha rendición al que sustituya, ó á los anteriores, cuando hubieren sido varios, y el que le precedió no hubiera cumplido con el deber consignado en el art. 280, siendo responsable, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios que se le causaren, no sólo por su gestión, sino por la de los otros, salvo el derecho de repetir (el tutor) contra cada uno de ellos ó sus herederos.

Derecho vigente.—*Civil.*—Todo tutor reemplazado, sea cualquiera la causa por la que cese en su cargo (excusa, remoción ó muerte), ó sus herederos, están obligados á rendir cuenta general de su gestión del modo que determina el art. 283, debiendo ser examinada y censurada respectivamente por el protutor y el consejo de familia.

El nuevo tutor tiene obligación de pedir la rendición de cuentas al sustituído, y si fuesen varios los anteriores deberá también exigírsela, aun cuando no lo hayan hecho los que le precedieron, ó continuar la reclamación comenzada por ellos.

La acción para exigir la rendición de cuentas prescribirá á los cinco años, contados desde que cesó el tutor, y la correspondiente para reclamar el resultado de la liquidación á los quince años desde que las partes manifestaron su conformidad respecto de dicho resultado y desde que se fijó judicialmente.

ART. 281. Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos están obligados á dar cuenta de su administración al que haya estado sometido á aquélla ó á sus representantes ó derechohabientes.

Concordancias.—Análogo al art. 255 del proyecto de Código de 1851, é igual al 246 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Fuero Juzgo, libro cuarto, título III, ley* 4.ª—... quando fuer en tal edad (el huérfano) que deve aver sus cosas en poder, estonze el defendedor antel obispo o antel juez *dé razon* de todas sus cosas al huérfano, é reciba del escripto que non ge lo demande más...

Fuero Real, libro tercero, tit. VII, ley 2.ª—... E quando vinieren á edad (los huerfanos) dexeles todo lo suyo ante el Alcalde, por el escripto con que lo rescibió, é *deles cuenta derecha* de los frutos que ende rescibió...

Partida 3.ª, *tit. XVIII, ley* 120.—El guardador que recibiesse en guarda bienes de algun huerfano, e ficiesse fazer escritura publica de quantos eran quando los recibio (la cual escritura es llamada Inuentario) si despues a la sazon que *diesse la cuenta* al huerfano de sus bienes, dixesse contra aquella carta, queriendo prouar, que fueran y escritas algunas cosas demás, que el non recibiera, e que consentiera el a sabiendas que las escriuiessen y, por fazer muestras que el huerfano era mas rico, porque podiesse mejor casar, ó por otra razon semejante; mandamos, que tal contradecimiento non sea cabido, nin vala, maguer quisiesse prouar lo que dize. Ca non deue ome sospechar, que el fiziesse escritura sobre si, de cosas que non ouiesse recebido.

Partida 5.ª, *tit. XIII, ley* 23.—... E aun dezimos, que los bienes de los guardadores de los huerfanos que son menores de veynte e cinco años, fincan todavia obligados a que aquellos que los tienen en guarda desdel dia que començaron a vsar del oficio de la guarda, fasta que les *den cuenta* e recabdo, de las cosas que touieron dellos...

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 21.—...Pero en cualquier destas maneras sobredichas que se acabe el oficio del guardador, tenudo es luego

de dar *buena cuenta,* e verdadera de todos los bienes del huerfano, tambien mueble como rayz; e entregarlo todo a el mismo, e a su guardador, que es llamado *curator*...

ART. 282. Las cuentas generales de la tutela serán censuradas é informadas por el consejo de familia dentro de un plazo que no excederá de seis meses.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 283. Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la justificación de los gastos menudos de que un diligente padre de familia no acostumbra á recoger recibos.

Concordancias.—Igual al art. 260 del proyecto de Código de 1851 y al 248 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 284. Los gastos de la rendición de cuentas correrán á cargo del menor ó incapacitado.

Concordancias.—Análogo al art. 261 del proyecto de Código de 1851, é igual al 248 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 281, 282, 283 Y 284.—La obligación de rendir el tutor cuenta general de su gestión al terminar el desempeño del cargo, es un deber inherente á éste como á todo aquel que consiste en la administración de bienes. Su jus-

ticia y necesidad se ofrecen á primera vista, con la sola indicación de su objeto, que es examinar, depurar la gestión del tutor, para exigirle, en su caso, la responsabilidad en que hubiere incurrido.

Este motivo ha existido en todos los tiempos, y se ofrece en los diversos países; de aquí el carácter universal de la mencionada obligación consignada en los Códigos de las distintas naciones, y contenida también de antiguo en nuestro Derecho, tanto en el elemento romano de las Partidas, como en el nacional de los Fueros Juzgo y Real. La jurisprudencia había confirmado asimismo el principio, estableciendo en la de 7 de Octubre de 1863 que «la rendición de cuentas es una consecuencia de la tutela,» y en la de 30 de Mayo de 1870, que «todo el que administra un caudal tiene obligación de rendir cuentas».

El artículo impone la obligación de rendir cuentas, que, como todas, supone un derecho. Estudiemos, por tanto, quiénes deben de cumplir esa obligación y quiénes tienen el derecho correlativo á ella de exigir su cumplimiento.

El obligado en primer término es el tutor, como persona que ha desempeñado el cargo que origina la rendición. Ahora bien: el precepto ¿alcanza á todos los tutores sin excepción alguna, ó comprende sólo á los mencionados en el art. 279? Dadas las palabras del artículo que comentamos, precisa responder que se extiende á todos. El art. 279 establece una excepción, distingue entre unos y otros tutores, en tanto que el presente habla en términos absolutos, sin señalar diferencia entre ellos; por eso en e primer caso cabe distinguir, porque la ley distingue, no siendo lícito hacer esto en el segundo, porque la ley no distingue. Pero sin dejar de ser cierto lo expuesto, entendemos que cabe asentar una excepción: el tutor cuya designación haya sido hecha en el concepto de entenderse el ejercicio del cargo frutos por alimentos. Esta es la práctica que hasta ahora ha venido rigiendo, en virtud de la doctrina de los Tribunales, basada en la sentencia de 7 de Abril de 1859, que declara que «el tutor ó curador á quien se señalan los frutos por alimentos, queda relevado de la obligación de dar cuentas.» Ha servido sin duda de fundamento á esta doctrina la razón poderosa de que lo exige la naturaleza del cargo de tutor cuando se desempeña con la calidad de frutos por alimentos. En este caso, el tutor hace suyos todos los frutos del

caudal del menor, con la obligación de costear los alimentos del pupilo y atender á los gastos que ocasione la conservación de los bienes del mismo; de modo que adquiriendo todas las rentas del capital del menor, convirtiéndolas en propias, es imposible la dación de cuentas, porque nadie puede rendirlas á sí.

Esto sucederá aun en el caso determinado en el art. 280 del reemplazo del tutor. El mero hecho de la obtención del cargo con la calidad de frutos por alimentos, lleva inherente la no rendición de cuentas, porque el tutor hace suyas las rentas y nadie debe dar cuenta de lo que le pertenece. No quiere esto decir que el tutor se encuentre en este caso exento de toda obligación; tanto en el del art. 280 como en el del presente deberá entregar los mismos bienes que consten en el inventario formado al comenzar la tutela, ó su estimación, ó sus equivalentes. Y como puede suceder que haya enajenado algunos para comprar otros ó convertir su importe en otros de diversa especie, resulta que en este caso tendrá que rendir cuentas de la inversión. En una palabra, se trata de una dación de cuentas especial, relativa, no á los frutos ó rentas de los bienes del menor ó incapacitado, sino al capital, á los bienes.

La obligación de rendir cuentas no es meramente personal del tutor; se transmite á sus herederos, según declara el artículo de una manera expresa, confirmando en este caso concreto el principio de derecho contenido en el art. 661 de que el heredero sucede al difunto en todos sus derechos y *obligaciones*. Para esto precisa que el heredero lo sea de hecho, esto es, que acepte la herencia, ya pura, ya á beneficio de inventario. Si la repudia no contrae obligación alguna, dado el precepto del art. 989 de que los efectos de la aceptación y repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda.

Al hablar de la aceptación lo hacemos igualando la pura con la realizada á beneficio de inventario, porque, en efecto, existe esa igualdad bajo el punto de vista desenvuelto por nosotros. En ambos casos el heredero contrae idénticas obligaciones, ó sea todas las del difunto; lo que sucede, y esta es la diferencia, es que la responsabilidad por causa de las obligaciones contraídas es distinta en uno y en otro caso. Por la aceptación pura, el heredero queda responsable, conforme al art. 1.003, de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los

suyos propios. Por el beneficio de inventario (art. 1.023) el heredero no queda obligado á pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma y sin confundir en ningún caso en daño del heredero sus bienes particulares con los que pertenezcan al caudal hereditario. Como vemos, en todos casos el heredero es responsable de las cargas de la herencia, con la diferencia, que confirma lo expuesto por nosotros, de que en uno (aceptación pura ó simple) lo es con los bienes hereditarios y con los suyos, y en el otro (aceptación á beneficio de inventario) lo es sólo con los de la herencia.

En el caso de que el heredero del tutor repudie la herencia, ¿existe algún derecho á favor de la persona á quien deba rendir las cuentas? No existe ninguno sobre el caso concreto de las obligaciones procedentes de la tutela, pero contiene el Código dos artículos sobre los derechos de los acreedores respecto de los bienes del deudor, cuya doctrina expondremos á seguida. El primero es el 1.001, constitutivo de la ley especial para el caso de la herencia; dice que «si el heredero repudia ésta en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél, aprovechándoles la aceptación sólo en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos.» Es el segundo el 1.111, que establece que «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes á su persona; pudiendo también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.» Este artículo es de carácter general, común á todos los acreedores, razón por la que tiene aplicación más directa el consignado en primer término, ó sea el 1.001. Conforme á él, el derecho que tienen los acreedores es el de aceptar la herencia en nombre del heredero.

El art. 1.001 habla de acreedores, esto es, de personas que tengan derecho ó créditos determinados contra el heredero. Tiene, por tanto, perfecta aplicación al caso en que, habiendo rendido cuentas el tutor y resultado de ellas un saldo contra él, fallezca sin haber entregado éste. En tal caso, la persona á quien se haya dado las cuentas es acreedor del heredero porque tiene que cobrar de éste una cantidad determinada, y no se ofrece duda nin-

guna. Nace ésta en el supuesto de que la muerte del tutor ocurra antes de la rendición de cuentas y se ignore, en su consecuencia, si será deudor del menor ó incapacitado, ó éste de aquél. ¿Podrá concederse en este caso á la persona que haya estado sometida á tutela, á sus representantes legales ó derechohabientes, lo determinado en el art. 1.001? Dados los términos de éste, la respuesta tiene que ser desfavorable. Se refiere á los acreedores, y en el ejemplo presentado no es fácil que se sepa si el interesado tendrá ese carácter, puesto que el heredero del tutor no viene obligado á rendir cuentas por haber renunciado la herencia, en virtud de las razones antes expuestas y del precepto jurídico de que «quien nada hereda no está obligado á llenar las obligaciones del testador, de cualquier clase que sean.»

Esto con arreglo á las palabras literales del artículo. Pero si el que tiene derecho á la rendición de cuentas acudiere al Juzgado demostrando que de tener ésta lugar resultaría acreedor del tutor, entendemos que no habría inconveniente, y por el contrario, que existía motivo para conceder lo dispuesto en el repetido artículo 1.001, á fin de evitar un perjuicio acaso irreparable á dicha persona.

En casi todos los casos hemos supuesto que el tutor y sus herederos sean los que se nieguen á rendir cuentas: mas pudiera ocurrir que el menor ó incapacitado, llegada la mayor edad, obtenida la emancipación ó habilitación, ó recobrada la capacidad, ó sus causahabientes ó sus herederos, eludiesen la rendición por temor de que de la liquidación resultare un saldo en contra de ellos; ¿qué derecho competirá al tutor? ¿Qué procedimiento deberá seguir? Creemos procedente el que expondremos á seguida. Presentar las cuentas al consejo de familia para su censura; informadas por éste, requerir, ya con intervención del presidente del consejo, ya por ante Notario, al ex menor ó ex incapacitado para que las examine, y si se negare á su examen ó lo dilatare, solicitar del Juez del domicilio de la tutela el examen y aprobación de cuentas con citación de la persona á quien debe darlas.

Determinadas las personas que se hallan obligadas á rendir cuentas de la gestión de la tutela, corresponde estudiar las que tienen derecho para exigir esa rendición.

Figura en primer término el que haya estado sometido á tutela, ó sea tanto el menor como el incapacitado, personas las

más interesadas en ello como dueños del caudal administrado por el tutor. En defecto de éstos, recae el derecho en sus herederos en los dos casos siguientes: 1.°, cuando el que fué menor ó incapacitado muera, después de terminada la tutela, dentro de los cinco años siguientes á la conclusión de ésta sin haber exigido la rendición; 2.°, cuando muera durante la tutela. En el primer caso, la acción durará los cinco años determinados en el art. 287, contados desde que se acabó la tutela. En el segundo, el tiempo será el mismo, pero ¿desde qué momento se contará? No puede ser otro, en nuestro entender, que el del fallecimiento del menor ó incapacitado. El art. 287 dice que la acción puede ejercitarse desde que concluye la tutela, y aunque el 278 no menciona entre las causas que producen este efecto la muerte del sujeto á ella, es indudable que aquélla termina por ésta, siendo la causa primordial de su extinción. De sostenerse otra cosa, de estimarse que la tutela no termina á la muerte del menor, en cuanto al efecto de que nos ocupamos, habría que esperar al tiempo en que aquél hubiese cumplido veintitrés años para computar desde este momento el tiempo, y esto resulta absurdo.

Aun en este segundo caso pueden presentarse ocasiones en las que no sea posible la rendición de cuentas al derechohabiente del menor ó incapacitado. Una de ellas será, por ejemplo, cuando el abuelo paterno sea el tutor y no exista otro pariente del menor ó incapacitado á quien verificar la dación de cuentas. No es posible ésta porque no ha de verificarla á sí mismo. Otra puede presentarse en el supuesto de un varón viudo de veintiún años con un hijo. Muere el padre; su derechohabiente es el hijo; pero como quiera que es menor, el tutor de aquél no puede rendir cuentas á éste, debiendo hacerlo al tutor que se nombre al hijo.

Ya que hemos tratado este caso, no podemos resistir la tentación de censurar una vez más la inconsecuencia y anomalía que resultan de no considerar el Código como causa de conclusión de la tutela la emancipación por matrimonio, cuando declara como tal la habilitación de edad y concede á una y á otra efectos jurídicos iguales. El emancipado y el habilitado de edad pueden regir su persona y bienes como mayores de edad, sin otras limitaciones que la de enajenar ó gravar bienes inmuebles, tomar dinero á préstamo ó comparecer en juicio. Pues bien: como la tutela concluye, según el art. 278, entre otras causas, por la

habilitación, dedúcese que el habilitado podrá verificar personalmente con el tutor rendición de cuentas, por tratarse de un acto de administración no prohibido por el precepto del artículo 317. ¿Tendrá igual capacidad el emancipado? Con arreglo á los términos literales del Código, no, puesto que la tutela no concluye por la emancipación; con arreglo á los principios generales de derecho, á la sana crítica, al sentido jurídico y aun al común (permítasenos la frase), sí. Donde hay identidad de razón, debe haber igual derecho; luego si la emancipación y la habilitación producen efectos jurídicos análogos, el derecho aplicable á la primera debe extenderse á la segunda. Les concede al emancipado y al habilitado igual capacidad, y lo que es lícito al uno tiene que serlo al otro. Sería además absurdo (por esto hablábamos en líneas anteriores de sentido común) que un habilitado que tuviese diez y ocho años de edad pudiese practicar la rendición de cuentas con el tutor y no pudiese verificar este acto un casado de veintidós años, cuando el matrimonio ha sido, con anterioridad al Código, causa de emancipación legal, de verdadera emancipación. Afirmamos, pues, rotundamente que el emancipado tiene capacidad, lo mismo que el habilitado, para practicar por sí la rendición de cuentas con el tutor. ¿Y si éste se niega á ello? El art. 317 no permite al emancipado y al habilitado comparecer en juicio sin la asistencia del tutor, pero como la acción se dirige en tal caso contra éste, deberá comparecer el protutor, de conformidad con lo dispuesto en el núm. 2.° del art. 236.

Al decir emancipado nos referimos exclusivamente al que lo es por el matrimonio, es decir, al sometido á tutela que se case. No es aplicable al emancipado por concesión; éste no se encuentra en realidad sometido á tutela puesto que puede administrar sus bienes (y la administración es la que origina la dación), y la intervención del tutor se limitará á dar su consentimiento para determinados actos.

Por último, la sentencia de 19 de Noviembre de 1874 apoya nuestra opinión al declarar que «si bien es cierto que la ley 7.ª, título II, libro diez, Novísima Recopilación, no priva al mayor de diez y ocho años casado de los beneficios concedidos á los menores de edad, según doctrina de este Tribunal, también es indudable que la rendición de cuentas que se impone al curador recurrente, lejos de serle perjudicial, no sólo le es beneficiosa, sino

que es también necesaria para la nueva administración, que como continuación de la anterior, ha de enlazarse necesariamente con los actos administrativos que le han precedido.»

Hácese más ostensible el defecto del Código en el caso de emancipación por el matrimonio de una mujer menor de edad. Si en efecto se casa con un varón mayor de veintitrés años, ¿ha de seguir sometida á tutela porque el art. 278 no menciona la emancipación como causa de conclusión de la tutela? De ningún modo. Desde el momento en que se casa la mujer, el marido es su representante legal, no el tutor, á menos que no se quiera sostener que haya de necesitar dos representaciones distintas, y él será quien puede exigir la rendición de cuentas del tutor y á quien deben ser dadas, puesto que el art. 281 comprende á los *representantes* del sometido á tutela.

Otro de los casos en que la dación de cuentas ha de tener lugar con el representante del menor ó incapacitado, es en el de la adopción. Sabido es que por ella, á la vez que se extingue la tutela (art. 278), nace la patria potestad (art. 154) á favor del adoptante, Siendo el padre, conforme al art. 155, el representante del hijo en el ejercicio de las acciones que puedan redundar en su provecho, no ofrece duda que el adoptante es quien deberá exigir al tutor (cuando la persona que vaya á ser adoptada esté sujeta á tutela) la rendición de cuentas, y la persona á la que éste tiene que darlas.

Las cuentas—según el art. 282—han de ser censuradas é informadas por el consejo de familia en el término de seis meses. El artículo fija un período de tiempo, sin precisar el momento desde el que ha de principiar á contarse. Esta omisión del Código obliga á formular la pregunta siguiente: ¿Cuál será dicho momento: el de la terminación de la tutela ó el de la rendición de cuentas por el tutor? Forzosamente tiene que ser el segundo, por la sencilla razón de que en tanto que el tutor no presente las cuentas no es posible que el consejo de familia las censure é informe. Este artículo (282) determina el proceso que en nuestra opinión ha de seguir la rendición de cuentas. El tutor las presentará al consejo de familia para los efectos del artículo que estudiamos, y una vez censuradas é informadas por aquél, es cuando entendemos que deberán examinarse por las personas mencionadas en el art. 281. Al menos consideramos que es el procedimiento más

lógico. No conduciría á nada el informe del consejo de familia si la persona interesada había examinado con anterioridad las cuentas y hasta prestado su aprobación á las mismas. Esto equivaldría al caso absurdo de que el Ministerio público emitiese dictamen ó expusiese su criterio después de dictado el fallo por el Juez ó el Tribunal.

El Código señala èl plazo dentro del cual el consejo de familia ha de informar sobre las cuentas que presente el tutor, pero no consigna el en que éste ha de rendirlas. Ante este silencio no cabe otra solución sino que el consejo le señale el que estime conveniente, y si no las diere, ejecutar la acción correspondiente en el término fijado en el art. 287.

El proyecto de 1851 establecía un plazo para la rendición de cuentas. Era éste el determinado en su art. 256, que consignaba que «el tutor rendirá las cuentas en el término de dos meses, contados desde el día en que acabe la tutela, y el Tribunal podrá prorrogarlo por cuatro meses más, si la naturaleza especial de los bienes de la tutela así lo exigiere,» precepto análogo al del artículo 400 del Código de Guatemala y 645 del de Méjico.

No existe otro precepto sobre el modo de verificar el tutor la rendición general de cuentas que el del art. 283, determinando que deberán ir acompañadas de sus documentos justificativos, salvo aquellos gastos de que un diligente padre de familia no acostumbre á pedir recibos. Como vemos, dicho precepto es insuficiente, puesto que no detalla la manera de realizarse la dación de cuentas, que expondremos á continuación.

Dos casos hay que distinguir: el de los tutores que, según el art. 279, están obligados á rendir cuentas anuales de su gestión y el de los que no tienen tal obligación. Este segundo caso no ofrece dificultad. Como los comprendidos en él (ascendientes, descendientes y cónyuges) tienen, ó deben tener, todos los documentos, rendirán una cuenta general de su gestión desde el comienzo de la tutela. La dificultad se presenta, según se ha indicado, en el primer caso. Los tutores á quien alcanza la obligación (colaterales del menor y extraños sin la designación de frutos por alimentos) han cumplido, como es de presumir, con ella. Las cuentas anuales *han de depositarse*, con arreglo al párrafo segundo del art. 279, en la Secretaría del Tribunal donde se hubiese registrado la tutela. Ahora bien: *si están depositadas*

las cuentas parciales de varios años, base de la general, ¿cómo ha de practicarse ésta? Tres medios existen: primero, solicitar el tutor la entrega de las cuentas depositadas para el efecto de la rendición de la general; segundo, pedir un testimonio de las mismas, ó bien, y este es el tercer medio, que se pongan de manifiesto en la Secretaría ó Escribanía.

El primero es el más conveniente para poder examinar las cuentas con la detención debida. En defecto de éste, se ofrece el segundo, si bien ocasionará gastos, razón por lo que se hace preferible bajo este aspecto el tercero.

Como en el caso que venimos examinando suponemos que el tutor ha rendido cuentas anuales, resulta que la general constituye más bien una revisión ó examen de las parciales. Así, creemos que la rendición general consistirá en un balance en el que se insertarán las partidas del Debe y del Haber, correspondientes á los diversos años, ó el saldo que resulte de cada uno de ellos. Aun en el caso de que no se haya verificado la rendición anual prescrita en el art. 279, como debe admitirse todo aquello que pueda contribuir á facilitar la claridad de las cuentas y el examen de las mismas, creemos conveniente para la rendición general aplicar la norma indicada, esto es, practicar una cuenta por cada año, sin perjuicio de hacer un resumen total de las mismas.

El Código habla de la rendición de cuentas á la conclusión de la tutela en términos que parecen indicar que es una sola persona la sometida á ella; pero lo más frecuente es que sean varias de diversa edad. Sucederá entonces que llegará alguna de ellas á la mayor edad antes que la otra, ó contraerá matrimonio con anterioridad, y en este caso el tutor deberá rendir cuentas á la que salió de su guarda. Consignamos estas palabras para demostrar que no habrá una sola rendición general de cuentas, sino tantas como personas, y que no se ha de verificar en un mismo momento, sino en el que tenga lugar el hecho por el que concluye la tutela (mayor edad, emancipación, habilitación, adopción ó muerte).

¿En qué lugar deberá verificarse la rendición de cuentas? En el domicilio de la tutela. Así lo pensamos, ya por tratarse del lugar que constituye el fuero común á todas las personas que intervienen en la tutela, ya por lo dispuesto en la regla 19 del

artículo 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, de que en las acciones relativas á la gestión de la tutela es competente el Juez del lugar en que se hubiera administrado la guardaduría en su parte principal, doctrina confirmada por el Tribunal Supremo.

Los gastos de rendición de cuentas son, según el art. 284, de cargo del menor ó incapacitado en todos los casos, es decir, tanto en el de la dación anual como en el de que sea reemplazado el tutor, ó al concluirse la tutela. Esto ha de entenderse, sin embargo, respecto de la rendición extrajudicial; cuando se promueva un pleito sobre este particular, los gastos que ocasione se imputarán por el Juez á la parte que en su sentir lo merezca, con arreglo al precepto de que las costas deben imponerse al litigante temerario ó malicioso.

Una cuestión hemos de estudiar antes de concluir este comentario. ¿Será dispensable la obligación de rendir cuentas el tutor? ¿Podrán los derechohabientes ó representantes del menor ó éste renunciar el derecho que la ley les concede? Respondemos de un modo negativo. En general, sería un acto contra ley y por ende nulo, y si figurase como condición de un contrato carecería de eficacia, conforme al art. 1.255. Además, la renuncia hecha por el representante ó el derechohabiente del menor no tendría valor por ser en perjuicio de tercero, y aun sucedería lo mismo con la efectuada por el menor, por ir contra el interés público, ya que la tutela tiene carácter social, que se extiende á los actos que dimanan de ella. Además, sería un pacto contra lo dispuesto en la ley, que habría que estimar nulo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4.° y 1.255 del Código.

El proyecto del 51 contenía un precepto expreso sobre este punto, y algunos Códigos extranjeros (los de Francia y Portugal callan sobre este extremo) resuelven también sobre él de acuerdo con nuestra opinión. El párrafo segundo del art. 255 decía que «la obligación de rendir cuentas no puede ser dispensada ni aun por el menor mismo en su testamento.» Con arreglo al 304 del Código italiano, «no produce efecto la dispensa referente á la obligación de presentar la cuenta definitiva ó los estados anuales,» doctrina contenida también en los artículos 394 del Código guatemalteco y 639 del mejicano, según los que «esta obligación no puede ser dispensada en contrato ó en última voluntad, ni

aun por el mismo menor, y si se pusiere como condición se tendrá por no puesta.»

Derecho vigente de los artículos 281, 282, 283 y 284.—*Civil.—Personas obligadas á rendir cuenta general de su gestión.*—Todo tutor, excepto los que hayan ejercido el cargo con la designación de frutos por alimentos, y sus herederos. Para que la obligación alcance á éstos es menester que hayan aceptado la herencia. Si la repudian las personas que tienen la facultad de exigir rendición de cuentas, pueden usar del derecho consignado en el art. 1.001 y en el 1.111.

Personas que tienen derecho á examinar las cuentas presentadas por el tutor y á compelerle judicialmente á su rendición.—1.°, el que haya estado sometido á tutela (menor ó incapacitado), llegada la conclusión de la misma, mayor edad, habilitación ó emancipación; 2.°, los herederos de éstos, en los dos casos siguientes: cuando muera el menor ó incapacitado durante la tutela, ó cuando el sujeto á la guarda muera dentro de los cinco años siguientes á la conclusión de la tutela sin haber exigido la rendición; 3.°, el adoptante cuando la persona que haya de ser adoptada esté sometida á tutela; 4.°, el marido de la mujer huérfana, menor de edad.

Modo y tiempo de la rendición de cuentas.—Las cuentas han de presentarse con los documentos justificativos de cada una de las partidas. Ahora bien: si el tutor ha practicado anualmente la rendición, procederá en realidad un examen general de las cuentas parciales presentadas en cada año.

El consejo de familia deberá señalar al tutor el plazo dentro del cual ha de rendir la cuenta general. Una vez presentadas, las censurará aquél en el plazo de seis meses desde la presentación.

Si el tutor se niega á practicar la rendición, deberá ejercitar la acción correspondiente ante el Juez del domicilio de la tutela. En el caso contrario, esto es, cuando la persona á quien se deba rendir cuenta se niegue á verificar la rendición, el tutor ó sus derechohabientes podrán presentarlas al Juez del citado domicilio solicitando su aprobación.

Los gastos de la rendición son de cargo del sometido á tutela, salvo el caso de que se practique judicialmente, en el que quedará su imposición al arbitrio judicial. El derecho de exigir la rendición de cuentas no es renunciable.

ART. 285. Hasta pasados quince días después de la rendición de cuentas justificadas no podrán los causahabientes del menor, ó éste, si ya fuere mayor, celebrar con el tutor convenio alguno que se relacione con la gestión de la tutela.

El consejo de familia, sin perjuicio de los arreglos que pasado ese plazo puedan hacer los interesados, deberá denunciar á los Tribunales cualesquiera delitos que se hubiesen cometido por el tutor en el ejercicio de la tutela.

Concordancias.—Párrafo primero, análogo al art. 264 del proyecto de Código de 1851. Todo el artículo igual al 250 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro cuarto, titulo III, ley* 4.ª—...Mas, porque algunos defendedores los enganan por falagamiento, ó por miedo, é facenles dar recabdo, que les non demanden razon de sus cosas, ó los fazen ende fazer algun escripto que nunqua les fagan nenguna demanda, por ende mandamos esto guardar en todas maneras, que si los huerfanos fueren en menor edad, aunque ayan mas de XIV annos complidos, si los defendedores los an en poder á ellos ó á sus cosas, qualquequier escripto que fagan fazer de demanda, ó de quitamiento, ó de abenencia que faga fazer el defendedor por el ó por otri, non vala esto nada, ni haya nenguna fuerza.

Fuero Real, libro tercero, tít. VII, ley 2.ª—...E si los huerfanos algun Pleyto le ficieren de su daño por alguna guisa, mientra los tuviere en su poder, no vala...

COMENTARIO.—No existen en nuestro derecho precedentes especiales sobre el caso concreto del artículo; pero si se encuentran los de carácter general mencionados en el epígrafe respectivo, que no concedían valor alguno al contrato celebrado por el tutor con los pupilos respecto de los bienes de éstos mientras fuesen menores.

El Código, de acuerdo con esta doctrina, no permite tampoco

contrato alguno sobre la gestión de la tutela hasta pasados quince días de la rendición de cuentas, esto es, de la presentación y examen de las mismas por la persona interesada, después de censuradas é informadas por el consejo de familia.

El Código español ha llevado su previsión en este particular más allá de los límites que establecen los de otras naciones. Los de Francia (art. 472), Italia (art. 307, párrafo último) y Guatemala (412) prohiben, sí, la celebración de todo contrato entre el tutor y el pupilo con anterioridad á la rendición de cuentas: el nuestro no lo permite hasta pasados quince días desde la citada rendición. El mejicano sobrepasa, sin embargo, al español en su celo por el sujeto á guarda, pues declara en su art. 660 que «el convenio celebrado entre el tutor y el que estimó bajo su guarda, dentro del *mes* siguiente á la terminación de la tutela, vale contra el tutor, pero no contra el menor.»

Prohibe el Código, como queda expuesto, todo contrato relacionado con la gestión de la tutela (aprobación de las cuentas, perdón de deuda, renuncia de derecho, etc.) que se celebre antes de los quince días siguientes á la rendición de cuentas; luego el contrato que se otorgare contra esa prohibición sería nulo, por llevarse á efecto contra lo dispuesto por la ley. ¿Durante qué tiempo podrá reclamarse la nulidad? Para resolver la duda estudiaremos los artículos que tienen relación con ella.

Es el primero el 287, que establece el plazo de cinco años para el ejercicio de las acciones que asistan recíprocamente al tutor y al menor por razón del ejercicio de la tutela. Estas últimas palabras indican que no es aplicable al caso discutido. Celebrado un convenio entre el tutor y el que estuvo bajo su guarda, ó su representante legal, todas las acciones de la tutela afluyen á él y se encuentran en él condensadas. Las acciones procedentes propiamente de la tutela se han extinguido, han desaparecido para dar paso á las que nacen del contrato. No hay, pues, para qué hablar ya de acciones por razón del ejercicio de tutela, sino de acciones derivadas del contrato.

El convenio ha de celebrarse, dice el artículo, entre el tutor y el sometido á tutela si ya fuere mayor, ó los causahabientes del menor. ¿A qué viene citar á éstos? ¿Son ellos, en efecto, los que deben celebrar el contrato? En nuestro concepto, el artículo contiene una equivocación. Causahabiente es el que trae causa, el

ascendiente, el antecesor de una persona, y ninguno de éstos es el llamado á otorgar el contrato de que habla el art. 285. Las personas con este derecho son los menores, ó aquéllas á las que debe rendir cuentas; esto es, el que haya estado sometido á tutela, su representante ó su derechohabiente. Lo primero, en el caso de la mayor edad, cesación de la incapacidad y emancipación ó habilitación del varón menor ó incapaz; lo segundo, en el de la adopción ó matrimonio de la menor, y lo último, cuando concluya la tutela por muerte del sujeto á ella.

Ya en este terreno, puesto que se trata de nulidad del contrato, parece natural acudir al capítulo del Código que se ocupa de esta materia, encontrándonos con el art. 1.301, que señala á la acción de nulidad el término de cuatro años, contados, en los casos de intimidación ó violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado; en los de error, dolo ó falsedad de la causa, desde la consumación del contrato, y respecto de los contratos celebrados por los menores ó incapacitados, desde que salieren de tutela. ¿Regirá la doctrina de este artículo? En los casos de intimidación ó violencia, dolo, error ó falsedad de la causa no cabe duda; pero aquí partimos del supuesto de que no existe ninguna de esas circunstancias; hablamos de la nulidad del acto originada por el mero hecho de su otorgamiento contra lo dispuesto en la ley. ¿Procederá la disposición relativa á los contratos celebrados por menores ó incapacitados *durante la tutela?* El legislador proclama la nulidad de los contratos celebrados *durante* la tutela porque el sometido á ella carece de capacidad. Por eso la acción empieza á correr desde que concluye la tutela. El art. 285 se refiere á los contratos celebrados por el mayor ó el ya capaz, ó el representante legal del menor *después de concluida la tutela*. La desigualdad de los casos es bien ostentible. No procede, por consiguiente, ampliar al segundo, ó sea al del art. 285, el precepto del 1.301. Nosotros no vemos ni creemos exista otra acción pertinente, sino la personal ordinaria de quince años.

El art. 1.301 se limita, repetimos, á la nulidad procedente de alguna de las causas en él mencionadas; cuando aquélla reconozca otro origen, precisa acudir á la regla general. Y no se alegue que no puede haber más causas ni por ende otra acción de nulidad que la determinada en dicho artículo; para refutar tal argumento bastá recordar la nulidad de una liquidación, la de

una sentencia ó resolución judicial, y, en general, la de todo acto contra ley. En todos casos la acción sería la personal de nulidad de quince años con arreglo al art. 1.964.

El párrafo segundo del artículo impone al consejo de familia el cumplimiento de una obligación de carácter penal adjetivo, ó sea la de denunciar á los Tribunales cualquier delito que se hubiese cometido por el tutor en el desempeño de su cargo. ¿Qué delitos podrán ser objeto de la denuncia? Dice el artículo que los cometidos por el tutor en el ejercicio de la tutela, de donde se desprende que se refiere á los realizados por el tutor con ocasión de dicho ejercicio y que tengan relación con él. Aún cabe limitar este concepto, pues establecida la obligación en un artículo referente á la rendición de cuentas, y refiriéndose á los contratos que puedan celebrarse sobre ella, parece que debe concretarse á los delitos que pudiéramos denominar económicos, esto es, á los delitos contra la propiedad, á los cometidos por el tutor en los bienes del menor ó incapacitado.

Y respecto de otros delitos que pueden cometer los tutores en el ejercicio de su cargo, como celebración de matrimonio ilegal (art. 492 del Código penal), estupro (art. 458, ídem) y violación (453), ¿podrá denunciarlos el consejo de familia? Entendemos que sí, y lo mismo el protutor, ya por la obligación general establecida en los artículos 259 y 264 de la ley de Enjuiciamiento criminal de denunciar todo delito de carácter público, ya por la especial impuesta en el párrafo segundo del 262 de la misma ley á todos los que por razón de sus *cargos* tuviesen noticia de alguno de dichos delitos. En cuanto á los delitos llamados privados, como el estupro, la violación y el rapto con miras deshonestas, nuestra opinión es la misma, puesto que, aparte de que pueden perseguirse por la agraviada, y si ésta es menor ó incapacitada claro es que ha de efectuarlo su representación, ó sea el protutor tratándose de una acción contra el tutor, no es dable interpretar de otra manera el art. 483 del Código penal, que si no menciona al protutor y al consejo es por la concluyente razón de que no existían cuando se promulgó. Pero, como acabamos de indicar, el espíritu de dicho artículo es que puedan perseguir dichos delitos la persona interesada ó su representación legal.

El Código civil en el artículo que estudiamos habla de la denuncia de delitos cometidos en el ejercicio de la tutela, pare-

ciendo indicar que el consejo de familia sólo tiene obligación de verificar aquélla terminada que sea ésta. Tal es la interpretación que en efecto merecen los términos del párrafo del artículo, pero esto admite una explicación.

El Código dice eso porque parte de la presunción de que hasta que termine la tutela y tenga lugar la dación de cuentas no es posible averiguar si el tutor ha incurrido ó no en responsabilidad criminal. Se refiere, por lo tanto, ó al menos este es nuestro modo de pensar, según queda dicho, á los delitos cometidos contra los bienes del menor, no á los demás antes indicados, y aun respecto de ellos en el caso de que no se hubiese conocido su existencia hasta el instante de la rendición general de cuentas. Sostener otra cosa valdría tanto como asegurar la impunidad del tutor respecto de determinados delitos, como demostraremos con un ejemplo. Al verificar un tutor la rendición anual de cuentas de los bienes de un menor de diez años de edad, se descubre que aquél ha cometido un delito de estafa en cantidad superior á 2.500 pesetas. Corresponde á este delito, según el núm. 3.º del art. 547 del Código penal, la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio. Pues bien; si el consejo de familia no puede denunciarlo hasta que termine la tutela, resultará que el citado consejo no podrá cumplir el deber del párrafo segundo del art. 285 del Código civil, en atención á que desde que lo realizó el tutor (cuando el menor tenía diez años) hasta la terminación de la tutela (mayor de edad, ó sea veintitrés años), han transcurrido trece años, y á los diez prescriben, según el art. 133 del Código penal, los delitos castigados con penas correccionales, como es el de estafa. No es, por consiguiente, admisible otra interpretación que la dada por nosotros, pues la contraria resulta contra ley.

Antes de terminar el estudio del artículo, interesa plantear y resolver la siguiente cuestión: el deber que impone á los individuos del consejo de familia el párrafo segundo del artículo objeto de nuestro examen, ¿es compatible con la exención establecida en el art. 261 de la ley de Enjuiciamiento criminal? En otros términos: cuando los individuos del consejo de familia ó alguno de ellos sean parientes del tutor en alguno de los grados que determina el citado art. 261 en su número segundo, ¿tendrán que cumplir ineludiblemente el deber que les impone el art. 285 del Código civil, ó podrán eximirse de él en virtud de lo dispuesto

en el 261 de la ley de Enjuiciamiento criminal? En nuestro entender, están obligados á su cumplimiento, respecto únicamente de los delitos á que se refiere dicho artículo del Código. No implica esto un antagonismo entre ambas disposiciones, no: es que el precepto general del art. 261 de la citada ley de Enjuiciamiento criminal encuentra una excepción en el párrafo segundo del 285 del Código. Por último, como prueba de esto mismo, diremos que el repetido art. 261 contiene una exención personal, en tanto que el artículo del Código comentado trata de un deber impuesto á una persona colectiva, á una entidad no individual, como es el consejo de familia.

Para los efectos de la disposición del párrafo segundo del artículo que estudiamos, conviene tener en cuenta la del art. 580 del Código penal, redactada del siguiente modo:

«Están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente á la civil, por los hurtos, defraudaciones (alzamiento, quiebra é insolvencia punibles, estafas y otros engaños) ó daños que recíprocamente se causaren:

»1.° Los cónyuges, ascendientes y descendientes ó afines en la misma línea.

»2.° El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro.

»3.° Los hermanos y cuñados si vivieren juntos.

La excepción de este artículo no es aplicable á los extraños que participaren del delito.

ART. 286. El saldo que de las cuentas generales resultare á favor ó en contra del tutor producirá interés legal:

En el primer caso, desde que el menor sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes.

En el segundo, desde la rendición de cuentas si hubiesen sido dadas dentro del término legal, y si no, desde que éste espire.

Concordancias.—Igual al art. 265 del proyecto de Código de 1851 y al 252 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Consigna el Código en este artículo la doctrina que sobre los efectos generales de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones establece el art. 1.101. Constituye el efecto principal, según este artículo, la indemnización de daños y perjuicios, consistente, cuando se trata del pago de una cantidad, conforme al art. 1108, en el pago del interés legal, ó sea del 6 por 100. Pues bien: el saldo que resulte á favor ó en contra del tutor, produce también un interés legal desde el instante en que el obligado á su pago no lo satisface en el momento fijado por el artículo. Cuando el saldo resulta á favor del tutor, dicho momento es el del requerimiento que se haga al menor, una vez entregados los bienes. Despréndese de estas palabras que es obligación del tutor la de entregar los bienes al menor ó incapacitado al terminar la tutela, obligación que consignan de un modo expreso algunos Códigos extranjeros (Guatemala y Méjico), y que el nuestro, siguiendo á otros (francés y belga), omite acaso porque es de suyo tan evidente que ha estimado innecesario ocuparse de ella.

Al hablar de requerimiento menciona sólo al menor, y esto obliga á preguntar: ¿es éste quien únicamente puede ser deudor del tutor? ¿No puede serlo también el incapacitado? Cuando el tutor rinda cuentas á los representantes y derechohabientes que expresa el art 281, y de la rendición resulte un saldo á su favor, ¿no tendrá derecho al abono del interés legal y no podrán ser requeridos á su pago dichos representantes ó derechohabientes? A nosotros no nos cabe duda de ello. Si el tutor tiene derecho á percibir un interés legal del saldo que resulte á su favor, es por el hecho de existir la deuda; luego debe tenerle, cualquiera que sea el deudor. Al menos, así lo aconseja el principio jurídico «donde hay la misma razón, debe haber igual derecho». Por otra parte, de interpretar el artículo en el sentido literal y estricto de sus palabras, ó sea en el de que el tutor sólo tiene derecho al interés legal tratándose del menor, resultaría que tampoco lo tendría más que éste, en el caso contrario de que el deudor fuese

aquél, no el incapacitado, acreedor de su tutor, lo cual es absurdo. Lo que en nuestro sentir ha querido decir el legislador es que el tutor tiene derecho á exigir el interés legal del saldo que resulte á su favor en la rendición de cuentas del ejercicio de su cargo, sea menor ó incapacitado el que haya estado sometido á tutela, y viceversa, que éste, cualquiera que haya sido la causa de su incapacidad (menor edad, locura, prodigalidad, interdicción), ó sus representantes ó derechohabientes gozan de ese mismo derecho, si resulta deudora la persona que haya desempeñado la tutela.

Cuando el saldo resulte en contra del tutor producirá interés legal—dice el artículo—desde la rendición de cuentas si hubiesen sido dadas dentro del *término legal*, y si no, desde que *éste espire*. Este precepto demuestra un inexplicable atrevimiento, casi casi un acto de verdadera osadía. ¿Cómo atreverse á hablar de un término cuando éste no se ha fijado? Esto es lo que sucede en el presente artículo. Se hace referencia á un período de tiempo, cuando éste no se ha establecido. Se contestará á nuestra afirmación que es inexacta por cuanto que el art. 282 señala el de seis meses; pero á esa objeción replicaremos que ni el artículo señala el momento desde el cual ha de empezar á contarse ese período de tiempo, ni puede referirse, como expusimos en el comentario de dicho artículo, al momento de la terminación de la tutela. El indicado artículo expresa que el consejo de familia censurará é informará las cuentas en un plazo de seis meses; pero como para ello necesita tener á la vista las cuentas, resulta que el plazo ha de contarse necesariamente desde su presentación por el tutor. Si éste no las entrega al consejo de familia para su censura hasta pasados seis meses de la conclusión de la tutela, ¿cómo ha de informarlas en dicho plazo contado desde este momento? El legislador, convencido de la conveniencia de fijar un plazo al tutor para la rendición de cuentas, abrigaba la creencia sin duda, al redactar este artículo, de que había dado vida á su pensamiento estableciendo tal precepto en otro, cuando no deja de ser una idea que no traspasa los límites de la mente de quien la concibió, sin encarnar en la realidad.

¿Desde cuándo, por consiguiente, deberá el tutor el interés legal? Desde que se conozca el saldo por efecto de la rendición de cuentas, puesto que hasta entonces se ignora si será deudor ó

acreedor. ¿Y si el tutor no rinde las cuentas? Hay que distinguir dos casos: que el consejo de familia le haya señalado un término para la rendición; que no haya tenido lugar tal señalamiento. En el primero, el interés correrá desde el vencimiento del plazo; en el segundo, estimamos que tiene perfecta aplicación lo dispuesto en el art. 1.100, de que incurren en morosidad los obligados á entregar ó hacer alguna cosa desde que el acreedor les exige judicial ó extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. La persona á quien deba rendir la cuenta, si ve que el tutor no la verifica, podrá requerirle extrajudicialmente á que lo efectúe, ó demandarle en juicio, y desde uno ú otro instante devengará el saldo el interés legal.

Las afirmaciones sentadas en este artículo no contradicen las expuestas en él respecto del momento desde que empieza á contarse el tiempo para el ejercicio de la acción encaminada á obtener la entrega del resultado de la liquidación, ó sea el saldo de la cuenta. Existe la misma diferencia que entre el pago de una cantidad y el de los intereses correspondientes á ella, que pueden deberse desde fecha distinta. Ambas acciones se ejercerán á un tiempo, es decir en un mismo procedimiento, y dada la relación entre ambas, prescrita la principal (entrega del saldo), habrá que considerar extinguida la accesoria (pago de intereses).

El Código español ha aceptado en este punto la doctrina de los extranjeros, en cuanto al hecho de devengar interés legal el saldo de las cuentas, diferenciándose de algunos respecto del momento desde que se debe dicho interés. El portugués (art. 257) contiene precepto igual al nuestro. El italiano (art. 308) también consigna el día que se ultimaron las cuentas respecto del saldo debido por el tutor, pues tocante al del menor, señala como día el de la reclamación judicial. El francés (art. 474) habla sólo del caso en que resulte acreedor el menor, estableciendo como momento el de la dación de cuentas. Los de Guatemala y Méjico (artículos 413 y 661 respectivamente), acordes en esta materia como en otras muchas, contienen precepto idéntico en absoluto al español, que indudablemente lo ha copiado de ellos.

ART. 287. Las acciones que recíprocamente asistan al tutor y al menor por razón del ejercicio de la tutela, se extinguen á los cinco años de concluída ésta.

Concordancias.—Análogo al art. 266 del proyecto de Código de 1851 é igual al 253 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro cuarto, tit. III, ley* 3.ª—... E si por ventura alguna cosa ende diere, ó vendiere, ó gastare, ó perdiere por su negligencia, todo lo deve entregar de su partida... E si algunas despensas fiziere por los negocios de los hermanos de lo suyo, muéstrelo al iuez, é cobrelo de lo de sus hermanos comunalmientre... E si las cosas de los ninnos fueren perdidas por negligencia del defendedor, dévelo entregar de lo suyo.

Fuero Viejo, libro quinto, tit. IV, ley 1.ª—...E si los guerfanos, menoscabaren algo de suos bienes por culpa de los Alcalles, deven ser tenudos los Alcalles de los pechar quanto por ello menoscabaren..:

Fuero Real, libro tercero, tit. VII, ley 2.ª—...E si por su negligencia ó por su culpa (del que tiene en guarda á los huérfanos), algun daño rescibieron los huerfanos en sus bienes sea tenudo de gelo pechar... é si despues que fueren de edad les tuviere sus bienes, ó alguna cosa de ellos, respondanles sobre ellos quando quier que gelos demandaren, e no se pueda defender por año, é dia...

Partida 6.ª, *tit. XIX, ley* 2.ª.—... Menor es llamado aquel que non ha aun veynte e cinco años cumplidos, quanto tiempo quier que le mengue ende. E de tal menor como este se entiende, que si daño, ó menoscabo recibiere por su liuiandad *ó por culpa de su guardador*, ó por engaño quel fiziesse otro ome que deue ser entregado de aquella cosa que perdió, ó que se le menoscabó, por qualquier destas tres razones, prouando el daño ó el menoscabo, e que era menor de veynte e cinco años quando lo recibió...

Partida idem, titulo idem, ley 8.ª—... e tal demanda como esta puede fazer el menor en todo el tiempo fasta que sea de edad cumplida de veynte e cinco años; e aun en *quatro años despues desso*

e non tan solamente puede el menor fazer demanda fasta este tiempo, mas aun sus herederos.

COMENTARIO.—El derecho derogado por el Código civil no contenía disposición igual á la del artículo que nos ocupa; pero los diversos cuerpos legales que lo constituían concedían al menor una acción para reclamar de la persona bajo cuya guarda había permanecido, los daños y perjuicios que por su culpa hubiese experimentado en su patrimonio, y las Partidas (6.ª, título XIX, ley 8.ª) fijaban como término de dicha acción (beneficio de restitución *in integrum*) el llamado cuadrienio legal, ó sea cuatro años desde la mayor edad. El Código español ha tomado este precepto de los Códigos extranjeros; respecto del tiempo de la prescripción, sigue al de Guatemala. El de Méjico revela cierta analogía con los de Francia, Bélgica é Italia y el proyecto de 1851.

El artículo no menciona particular y concretamente las acciones que pueden nacer del ejercicio de la tutela, razón por la que nos vemos precisados á efectuarlo, distinguiendo entre las concernientes al tutor y las referentes al menor ó incapacitado. Respecto del primero, la principal es la de exigirle la rendición de cuentas. Como consecuencia viene la relativa á la entrega del saldo que resulte á su favor de la dación de cuentas, y como accesoria la de exigir el interés legal de dicho saldo. Decimos esto porque los gastos que haya anticipado, y los créditos que pueda tener contra el sujeto á tutela deberán figurar en el Debe de la cuenta, y por tanto, se hallarán comprendidos en el saldo de la misma. Esto, tratándose de créditos originados de la tutela, pues en otro caso, tratándose, por ejemplo, de un crédito que el tutor tuviese contra el padre del menor, y de cuyo pago era éste responsable como sucesor en todas las obligaciones de su causahabiente, la acción no sería la tutelar, que pudiera decirse, prescriptible á los cinco años, sino la personal, común á todo acreedor, que dura quince. El artículo se refiere taxativa y exclusivamente á las acciones que nazcan del ejercicio de la tutela, esto es, con ocasión y por razón del mismo.

Igual que sobre los gastos, decimos respecto de la retribución del tutor. Si no le ha sido satisfecha á éste la de varios años, y la incluye como una de las partidas del Debe de la cuen-

ta, resultará en su pro en el saldo, cuyo importe es el que reclamará. Dedúcese, pues, de esto, que el tutor, en el caso de que tenga que exigir judicialmente el pago de lo que se le adeude por razón del ejercicio de la tutela, si bien debiera justificar la exactitud de cada una de las partidas que formen el saldo, puede reclamar éste en su totalidad. Si le fuere negada la exactitud de una ó más partidas aisladas, la acción se concretaría al abono de ellas.

Otra acción será la correspondiente á la responsabilidad civil por los delitos que pueda haber cometido el tutor en el ejercicio de la tutela.

Estas son las especiales; además existe la general de daños y perjuicios por todos los que se causen al menor ó incapacitado por culpa del tutor y con ocasión del desempeño de su cargo.

Examinemos las acciones que pueden nacer á favor del que ha estado *sujeto á tutela*. Decimos esto, y no solamente del menor, como expresa el artículo, para hacer resaltar el defecto de éste, porque lo es hablar sólo de una persona cuando la disposición puede comprender á más. Si, según el art. 281, la rendición de cuentas ha de hacerse al *sometido á tutela*, y por consiguiente, tanto al menor como al incapacitado, es posible que de la dación de cuentas resulten acciones á favor de uno y de otro. ¿Por qué, pues, mencionar al menor, excluyendo al incapacitado? No nos explicamos esta omisión, que es fácil dé lugar á controversias judiciales. Dado este caso, nosotros abrigamos la esperanza de verlas resueltas, no con arreglo al tenor literal del artículo, sino conforme á lo que tiene que ser su espíritu, á lo que ordenan la razón y la equidad, es decir, en el sentido de que el derecho consignado en él atañe al que ha estado bajo tutela, sea menor, sea incapaz.

No se limita á esto el defecto del artículo. Omite no sólo al incapacitado: olvida también á otras personas á quienes, según el citado art. 281, el tutor debe rendir cuenta de su gestión, como son los representantes ó derechohabientes del pupilo. ¿Existirá, respecto de ellas, el derecho recíproco que establece el art. 287 que estudiamos? ¿Podrá el adoptante del menor exigir al tutor de éste la rendición de cuentas? ¿Podrá el tutor repetir contra el que adoptó al que fué su pupilo por el saldo que resulte á su favor (del tutor) en la cuenta? A nosotros no nos cabe duda de ello,

á pesar del silencio del artículo. El derecho consignado en él reconoce como fundamento el ejercicio de la tutela; luego tiene que ser forzosamente extensivo á todas las personas interesadas de una manera directa en el resultado de dicho ejercicio, ya por sí, ya por su representación legal. Además, una vez aceptada la causa, hay que admitir el efecto, como establecido el antecedente precisa deducir el consiguiente. Por esto, si, conforme el art. 281, el sometido á tutela, sus representantes ó causahabientes tienen el derecho de exigir la rendición de cuentas, que es uno de los procedentes del ejercicio de la tutela, ¿por qué no han de tener los demás? ¿Para qué exigir al tutor la dación de cuentas si no podía reclamar el saldo de ella? La consecuencia sería arbitraria y por ende injusta.

Sentada esta afirmación, ¿qué acciones asistirán al sometido á tutela ó á sus representantes por razón del ejercicio de la misma? En primer término, la referente á la dación de cuentas. Si el tutor, cuando sea de los obligados á ella, se niega á rendirlas al que fué menor ó incapacitado ó á los que ostentan su representación, cada uno de éstos podrán exigirle la rendición dentro de los cinco años siguientes á la conclusión de la tutela.

Otra acción será la correspondiente á la entrega del saldo que resulte de la rendición de cuentas verificada por el tutor, y subsiguientemente la del interés legal del mismo, pero ésta no prescribe en el término de cinco años desde la conclusión de la tutela, sino de quince, contados desde la fecha en que quedó reconocido el resultado de las cuentas, como ya expusimos en el comentario del art. 280. Dado el precepto del párrafo segundo del art. 1.972 del Código, que establece que el término de la acción por el resultado de las cuentas corre desde el día en que éste fué reconocido, y el del 1.969, que declara que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que puedan ejercitarse, el término empezará á correr desde el resultado de la liquidación practicada en el juicio de rendición de cuentas. En tanto que éste ignore ese resultado, no es dable saber cuál de las dos partes litigantes es la acreedora, y es imposible suponer nacida una acción á favor de cualquiera de ellas.

Verdad que el expresado párrafo segundo del art. 1.972, al hablar del resultado de las cuentas, dice «desde que éste fué re-

conocido por *conformidad de las partes interesadas;*» pero esto no implica negación alguna de lo sostenido por nosotros. El Código hace partir el tiempo para la prescripción del hecho del conocimientodel saldo de las cuentas, y si bien alude á la rendición voluntaria y extrajudicial, claro es que á la conformidad de las partes suple acaso con más valor y eficacia la santidad de la cosa juzgada, en el caso de que aquélla (la rendición de cuentas) se haya verificado judicialmente. Hay otro razonamiento en pro de nuestra opinión: la necesidad de que rija ésta para impedir que la ley venga á proteger la mala fe del tutor. Supongamos que éste, valiéndose de promesas no cumplidas, va dilatando la rendición de cuentas al que fué su pupilo, el cual, viendo que han transcurrido cuatro años por ejemplo desde la conclusión de la tutela, sin obtener la rendición de cuentas, entabla para este efecto el oportuno pleito. Admitamos también, cosa nada imposible, que el litigio dura dos años, y por tanto que termina uno después de los cinco que establece el artículo que estudiamos. ¿Habrá de entenderse por esto que el menor emancipado no podrá reclamar del tutor el saldo que resulte á su favor, en el supuesto de que éste fuese condenado? Respondemos categóricamente en sentido negativo, porque lo contrario valdría tanto como infringir el principio jurídico de que las leyes se han dado para los engañados, no para los que engañan. La acción nace de la rendición de cuentas, ya sea judicial ó extrajudicial.

Una acción de carácter general es la de indemnización de daños y perjuicios, que á pesar de ser por naturaleza personal, prescribirá en este caso concreto á los cinco años, si aquéllos los ha experimentado el sujeto á tutela con ocasión del ejercicio de ésta. Tal sucederá, por ejemplo, en el caso del reemplazo de un tutor, cuando el nuevo no haya exigido á su antecesor la rendición de cuentas ordenada en el art. 280, y, en general, siempre que el menor ó el incapacitado no pueda ejercitar otra acción directa por razón de algún acto ó contrato celebrado por el tutor.

¿Existirán otras acciones contra el tutor? No es fácil responder *a priori* sobre este extremo. Sin embargo, cabe llegar á establecer algunas conclusiones estudiando los diversos casos que pueden presentarse en la práctica. Para esto, estimamos indispensable asentar esta distinción: contratos que el tutor tiene que celebrar con la aprobación del consejo de familia; contratos

para cuya celebración no es necesario este requisito. Respecto de estos últimos, hay el precepto expreso del art. 1.291, núm. 1.°, que declara rescindibles los contratos que pudieren celebrar los tutores *sin* autorización del consejo de familia, siempre que las personas á quienes represente hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos, durando la acción (art. 1.299) cuatro años, contados desde la terminación de la tutela.

No obstante esto, la rescisión no es un derecho constante y único. El párrafo segundo del art. 1.295 dice que no tendrá lugar cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, añadiendo el párrafo último que en este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

Estos diversos preceptos dan la norma que ha de seguirse en la cuestión que tratamos de resolver. Si el tutor celebró un contrato, de los que podía verificar sin la autorización del consejo de familia, en el que el menor sufrió lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas objeto del contrato, y estas cosas no se hallan en poder de tercero, es decir, que se encuentran en el de la persona que contrató con el tutor, el menor podrá pedir la rescisión durante los cuatro años siguientes á la conclusión de la tutela, dirigiéndose contra dicha persona. Habiendo pasado á otra, en virtud de acto ó contrato posterior antes de transcurrir el plazo indicado de cuatro años, corresponderá al perjudicado, conforme al art. 1.295, la acción de daños contra el causante de la lesión. Si fué el tutor, en tanto no transcurren los cinco fijados en el presente (287). Si fué el que celebró el convenio con el tutor, ofrécense dos criterios. De un lado parece que no es posible reclamarle nada por la razón siguiente: la acción de perjuicios que establece el art. 1.295 es subsidiaria, supletoria, accesoria de la de rescisión, puesto que se ejercita en su defecto, cuando ésta no puede usarse por haber sido transmitidas á un tercero las cosas objeto del contrato. Pero de otra parte y frente á este razonamiento, cabe alegar que el término de cuatro años atañe á la rescisión, acción distinta de la de daños ó perjuicios, respecto de la que no hay plazo especial señalado por el Código, precisando acudir al precepto general del art. 1.964 de que las acciones personales que no tengan señalado término especial prescriben á los

quince años. La primera opinión será tal vez la más equitativa; pero la segunda se ofrece como más legal, ó sea en armonía con los preceptos del Código.

Siendo la clave de las cuestiones que sobre la rescisión hemos expuesto el hecho de que las cosas objeto del contrato hayan ó no pasado á poder de tercera persona, conviene determinar qué se entiende por tercero para los efectos legales del caso concreto que examinamos. Tercero, en general, es aquel que no interviene en un acto ó contrato, como expresa el art. 27 de la Ley Hipotecaria y la sentencia de 6 de Octubre de 1874 al manifestar que «no puede calificarse como tal al que interviene en un contrato como principal obligado». Dedúcese, por consiguiente, de aquí, y es lo que queremos consignar, que ni el menor ni el incapacitado pueden considerarse como tercero con relación al que contrató con su tutor, ni dicha persona con relación á aquél. Es cierto que el menor ó incapacitado no han intervenido personalmente en el acto ó contrato, pero no es menos indudable que lo celebró su representante legal, y los efectos jurídicos surten, no entre el tutor y el otro contratante, sino entre éste y el sujeto á tutela. Merecerá sólo la calificación de tercero aquel á cuyo favor se transmiten por el que contrató con el tutor las cosas objeto del contrato celebrado por éste.

Estudiemos el segundo caso planteado, ó sea el referente á los actos y contratos para cuya celebración necesita el tutor autorización del consejo de familia. Los contratos en que esto tiene lugar son los comprendidos en los números 5.º y 9.º del artículo 269 y 4.º del 275, ó sea enajenación ó gravamen de bienes; los sujetos á inscripción; dar y tomar dinero á préstamo y comprar el tutor por sí ó por otra persona bienes del menor ó incapacitado.

En estos casos no cabe la rescisión, porque ésta sólo procede en los contratos que puedan celebrar los tutores *sin* la autorización del consejo de familia, y en los que nos ocupan *necesitan esa autorización*. Tampoco es pertinente la acción de nulidad establecida en el art. 1.301, porque se refiere á los casos de violencia, intimidación, error, dolo ó falsedad de la causa y á los contratos celebrados *por* los menores ó incapacitados, es decir, por ellos, no por la representación de su tutor, según se desprende de las palabras del artículo. ¿Qué acción competirá, pues, al

menor ó al incapacitado? Habiéndose celebrado el contrato con los debidos requisitos legales, ó sea la autorización del consejo de familia, subasta pública si son inmuebles, derechos inscribibles, alhajas ó muebles cuyo valor exceda de 1.000 pesetas, agente de Bolsa ó corredor de comercio si se tratase de valores bursátiles, es válido y no es posible pedir nada contra esta validez ni contra la persona que lo celebró; sólo corresponderá, por tanto, una acción contra el tutor por los daños y perjuicios que haya podido experimentar el menor con su otorgamiento, prescriptible á los cinco años de la conclusión de la tutela, y en todo caso contra los vocales del consejo de familia que hubieran concedido la autorización obrando con malicia ó negligencia, culpables con arreglo á lo dispuesto en el art. 312. Esta última acción es la personal de daños y perjuicios, cuyo término es el de quince años.

Lo mismo decimos de los actos á que concierne el art. 269, como colocación del dinero sobrante, retirar un capital del empleo á que se encuentre destinado, aceptar y repudiar herencias y entablar demandas.

La cuestión varía en el caso de que el tutor celebre un contrato de los comprendidos en el art. 269, ó en el núm. 4.° del 275, contra lo prescrito por la ley, ó sea sin obtener la autorización del consejo de familia. El acto de la celebración será nulo á tenor de lo dispuesto en el art. 4.° del Código: nace por consiguiente la acción de nulidad á favor del menor. Ahora bien: habrá casos en que esta acción sea la única ó la principal; en otros constituirá un trámite previo, por decirlo así, para el ejercicio de otra, y en algunos una consecuencia de la que se deduce. Sucederá lo primero siempre que por el contrato no se hayan transmitido á una persona cosas pertenecientes al menor; cuando por virtud del contrato han pasado á poder de otro, cosas del menor ó incapacitado, sujetas á reivindicación, procederá el ejercicio de la acción correspondiente. Para mayor claridad, estudiaremos cada uno de los casos del art. 269, pertinentes de modo directo á la cuestión que tratamos.

Es el primero el 5.° de dicho número, referente á la enajenación ó gravamen de bienes del menor ó incapacitado. Supongamos que el tutor vende unos bienes de éste sin la debida autorización. La venta es nula, y como son bienes del menor ó incapacitado de

los que ha de poseer algún título, podrá reivindicarlos, si se trata de un inmueble, durante treinta años; si es mueble seis (tiempo máximun porque no existe justo título á favor del poseedor de la cosa), contados en uno y otro caso desde que pueda ejercitarse la acción, ó sea generalmente desde la fecha del contrato.

¿Deberá ejercitarse la acción de nulidad previa y separadamente á la reivindicatoria? No. Esto sucede sólo cuando la acción se funda en la nulidad ú obligación, no cuando la nulidad es consecuencia forzosa de la acción que se ha deducido, según doctrina constante del Tribunal Supremo. Con relación expresa á la acción reivindicatoria ha establecido también este Tribunal idéntica doctrina en el caso de que aquélla se funde en un derecho reconocido, anterior al título de venta.

Si se trata, no de enajenación, sino de un contrato de préstamo con hipoteca, entonces sí corresponderá pedir la nulidad y subsiguientemente la cancelación del gravamen, mediante la devolución de la cantidad prestada.

El núm. 6.° no ofrece dificultad. En todo caso competirá pedir la nulidad.

En el núm. 7.° hemos de distinguir la división de la herencia y la de la cosa. En el primer caso, como quiera que el menor ó incapacitado no tiene título preexistente para la reivindicación, ya que, según el art. 1.068, el título le constituye precisamente la adjudicación verificada en operaciones de partición, procederá pedir la nulidad de ésta. En el segundo existe, ó puede existir, sí, un título referente á la cosa poseída en común, pero no corresponde ejercer la acción reivindicatoria, primero porque en este caso la que se ejercite no puede tener otro objeto que el de volver las cosas al ser y estado que tenían antes de la división, ó sea la de nulidad; segundo, porque la acción reivindicatoria supone un título de dominio, y la posesión de una cosa en común ó bienes de una herencia proindiviso no tiene este carácter, según la sentencia de 24 de Diciembre de 1875.

Del núm. 8.° decimos lo mismo que del 6.° En cuanto al 9.°, ya hemos hablado de él en el 5.°, ó sea del préstamo con hipoteca. En todos los casos procederá la nulidad y consiguientemente la extinción de la garantía y su devolución.

Veamos el 10. Distinguiremos los dos casos en él comprendidos: aceptación y repudiación. En el primero se trata de la acep-

tación sin beneficio de inventario. Sabido es que en este caso el heredero responde de las deudas de la herencia, no sólo con los bienes que constituyen ésta, sino con los suyos. Puede suceder que un tutor poco celoso de los intereses de su representado, ó guiado por mala fe, acepte una herencia sin el indicado beneficio, que resulte gravosa al sometido á tutela. Éste, entonces, podrá pedir la nulidad de la aceptación por efectuarse sin la autorización del consejo, ó sea contra ley.

Dentro de la renuncia examinaremos separadamente la de la herencia y la de la donación. Respecto á la primera, cabe todavía distinguir dos casos: el de que en el testamento se determinase los bienes dejados á los herederos ó alguno de ellos. En este caso, existiendo un título procederá, creemos, la acción reivindicatoria, viniendo la nulidad como consecuencia indeclinable de aquélla. Si en el testamento no se designasen los bienes ó parte de ellos dejados á los herederos, ó en el caso de sucesión ab-intestato, en este supuesto la acción oportuna será la nulidad de la repudiación, porque la universalidad de la herencia no es título suficiente por sí para la reivindicación, según la sentencia de 20 de Abril de 1874, á no probar que la cosa que se trata de reivindicar formaba parte de esa universalidad. Estas mismas consideraciones son pertinentes respecto de la donación. Si es de cosa determinada, la reivindicación es procedente; si no lo es, únicamente probando que la cosa donada pertenecía al donante.

Si el tutor hace gastos extraordinarios en las fincas, sin la autorización del consejo (núm. 11), no serán válidos y no deberán figurar, en su caso, en el Debe de la cuenta. Y si el tutor los ha satisfecho, no le deberán ser abonados, excepto si prueba que eran convenientes y que redundaron en provecho de las fincas del menor ó incapacitado.

En el núm. 12, la acción directa será de nulidad, salvo si, por virtud de la transacción ó el compromiso, se hubieran transmitido bienes del sometido á tutela á tercera persona y existiese á favor del mismo un título anterior á la transacción ó el compromiso, caso en el que procederá la reivindicación, y como resultado la nulidad.

Idéntico razonamiento cabe aplicar al núm. 12. El procedimiento judicial entablado por el tutor sin la autorización del

consejo, en los casos en que ésta es necesaria, adolece de un vicio capital, que hace que lleve ingénita su nulidad. Esta es la que deberá pedirse, si por virtud del fallo, no se han pasado á tercero cosas del menor ó incapaz y éste tiene un título, caso en el que corresponderá la reivindicación.

Derecho vigente.—*Civil.—A favor del menor ó incapacitado. Contra el tutor.*—1.ª Exigirle rendición de cuentas. 2.ª Exigirle la responsabilidad civil por los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de la tutela. 3.ª La correspondiente á la indemnización de los daños y perjuicios, cualquiera que sea la causa. *Término común á todas:* cinco años desde la conclusión de la tutela. 4.ª Pedir la entrega del saldo de las cuentas y los intereses del mismo: quince años desde que se conoció el resultado de la liquidación.

Contra el que contrató con el tutor ó con tercero.—1.ª Pedir la rescisión del contrato celebrado por el tutor (cuando sea de los que puede celebrar sin autorización del consejo) si el menor ó incapacitado ha sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto del contrato, cuando las cosas estén en poder del que contrató: cuatro años desde la conclusión de la tutela. 2.ª Reclamar la indemnización de daños y perjuicios al causante de la lesión cuando las cosas hubiesen pasado legalmente á poder de terceras personas: cinco años respecto del tutor, y quince tocante al que contrató con él ó al tercero. 3.ª Pedir la nulidad de los actos del art. 269 llevados á efecto sin el requisito de la autorización del consejo ó contra la prohibición del 275: quince años desde su celebración. 4.ª Ejercitar en estos mismos casos la acción reivindicatoria cuando la nulidad sea consecuencia indeclinable de estimarse aquélla: seis años tratándose de muebles y treinta de inmuebles, desde la fecha del contrato ó de la inscripción.

Jurisprudencia.—*Rendición de cuentas y entrega del saldo que de ellas resulta.*

Sentencia de 9 de Noviembre de 1857. (Art. 280. *Comentario.*)

Sentencia de 7 de Mayo de 1859. (Art. ídem, íd.)

Sentencia de 7 de Marzo de 1867.—Cuando el pleito versa sobre dación de cuentas y agravios puestas á ellas, los demandantes y demandados son á la vez actores y reos como en un juicio doble.

Es una obligación ineludible de todo el que rinde cuentas, el presentarlas justificadas. (*Idem.*)

Sentencia de 12 *de Abril de* 1871.—Cuando no se ha pedido en el pleito liquidación de cuentas y ha versado sólo sobre obligaciones especiales y concretas, no pueden tener aplicación á él las doctrinas de que es consecuencia de una liquidación que puedan ser canceladas todas las cuentas y no poder después de ellas reclamar en juicio por las que procedan de contratos anteriores á la fecha de la misma, y de que cuando entre dos ó más personas han mediado cuentas, no puede tener lugar ni estimarse la petición de uno para que se condene al otro al pago de una cantidad hasta que por el resultado de las cuentas que presente se conozca si es ó no deudor.

Sentencia de 30 *de Junio de* 1871.—El cargo de una cuenta no necesita de justificación por parte del que la rinde, sino que por el contrario es obligación del que la impugna, si puede acreditar que los cargos son diminutos, porque esto envuelve una verdadera afirmación que debe probar, como todo litigante, que se ampara de alguna excepción.

Sentencia de 23 *de Septiembre de* 1871.—La doctrina legal de que en la dación de cuentas de un negocio determinado no son de abono partidas que no se presenten con legítimos comprobantes, no se desatiende cuando habiéndose dado pruebas por una y otra parte acerca de las partidas en cuestión, el Tribunal sentenciador ha fijado el derecho por el resultado de aquéllas, en uso de sus atribuciones.

Sentencia de 6 *de Noviembre de* 1871.—Ha de estarse á la apreciación hecha por la Sala sentenciadora en vista de la prueba de testigos practicada, en uso de sus facultades, de que los litigantes liquidaron y finiquitaron sus cuentas de conformidad, y ratificaron después esta misma operación, quedando conformes en ella, cuando contra dicha apreciación no se cita la infracción de ley alguna ó de doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales.

Sentencia de 10 *de Noviembre de* 1871.—El auto por el que se deniega la pretensión de que dejase de hacer parte en el juicio uno de los litigantes, y se manda rendir cuentas de una finca secuestrada, no pone término al juicio ni hace imposible su continuación.

Sentencia de 1.° *de Octubre de* 1872.—Ha de estarse á la apreciación que la Sala sentenciadora haga de las pruebas suminis-

tradas por las partes respecto de una liquidación de cuentas, si contra ella no se alega que al hacerla se haya cometido alguna infracción de la ley ó doctrina legal.

Sentencia de 26 *de Marzo de* 1873.—Confesado y reconocido por una persona el cargo que contra él resulta en las cuentas que rinde, le es indispensable acreditar legalmente la data del mismo; y si no lo hace, y si por el contrario el cargo está bien justificado por los libros del que tiene que recibir las cuentas, la sentencia que condena al abono del mismo no infringe el principio *Actore non probante reus est absolvendus.*

Sentencia de 12 *de Abril de* 1876.—La sentencia dictada para cumplimiento de una ejecutoria, al declarar improcedente una liquidación pretendida por el recurrente que no fué objeto del pleito ordinario, ni es definitiva ni pone término al pleito haciendo imposible su continuación, puesto que el recurrente tiene expedita su acción para ejercitarla en juicio ordinario.

Sentencia de 28 *de Noviembre de* 1877.—La doctrina derivada de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Septiembre de 1857, en la cual se establece que la obligación de dar cuentas de una cantidad no envuelve la de satisfacerla, doctrina congruente con la demanda y con las excepciones de aquel pleito, en que el demandante pedía que por haberse mandado á un cuentadante que se cargase de cierta cantidad fuese desde luego condenado á pagarla como líquida y ejecutable, no puede ser aplicada al caso en que se ha pedido la dación de cuentas de una administración de bienes hereditarios y el pago á tres de los herederos de las porciones que les sean debidas.

Sentencia de 28 *de Septiembre de* 1878.—Si resulta de un pleito que el demandado fué condenado por sentencia firme á rendir cuentas generales y documentadas en concepto de administrador de la negociación de un predio, atendida la naturaleza, objeto y hasta la significación propia de las palabras de la parte dispositiva de dicha sentencia, es indudable que el precepto genérico de la *rendición* de cuentras comprende, además de la *presentación* de éstas, su examen, con audiencia de los interesados, y su aprobación ó reforma definitiva en el trámite de ejecución de aquélla á fin de determinar el legítimo saldo ó alcance; porque estos tres actos tienen entre sí perfecta conexión y son absolutamente imprescindibles para que se cumpla formal y eficazmente lo juz-

gado; en consecuencia de lo cual, al declarar la Sala sentenciadora que la cuenta presentada por el demandado sea discutida y aprobada ó reformada en la vía de ejecución de la referida sentencia, no resuelve punto sustancial no controvertido en el pleito ni decidido en aquélla, ni provee en contradicción con lo juzgado.

Nulidad de acto.—Sentencia de 27 *de Junio de* 1867.—Cuando una acción no se funda en la nulidad de un acto ú obligación, no hay necesidad de solicitar previamente la declaración de esta nulidad.

Sentencia de 28 *de Octubre de* 1867.—Las acciones que se fundan en la nulidad de un acto ú obligación ó de un documento público y solemne no pueden ejercitarse útilmente, sin que primero se demande ó haya obtenido la declaración de dicha nulidad, según la jurisprudencia y doctrina legal admitida por los Tribunales, y reiteradamente consignada por el Supremo.

Sentencia de 30 *de Abril de* 1868.—Aun cuando es indudable que para ejercitar una acción que traiga su origen de la nulidad de algún acto ú obligación es necesario reclamar aquélla previa y expresamente, también lo es que esto no tiene lugar cuando la nulidad no produce la acción, sino que es consecuencia indeclinable de estimarse la que se ha deducido.

Sentencia de 17 *de Marzo de* 1873.—Se infringe la doctrina relativa á que las acciones que se fundan en la nulidad de un acto ú obligación no pueden ejercitarse sin que primero se demande directamente ó haya obtenido la declaración de dicha nulidad, cuando al aplicarla la sentencia confunde los casos en que, siendo complejos los actos jurídicos antes de deducir la acción, que tiende á destruir los efectos de un contrato nulo, debe previamente proponerse la acción de nulidad del mismo, con el caso sencillo en que la nulidad y sus efectos son una misma cosa y dependen de una misma acción.

Sentencia de 27 *de Junio de* 1876.—La doctrina legal de las sentencias del Tribunal Supremo sobre que cuando las acciones se fundan en la nulidad de un acto ú obligación, lo primero que se debe solicitar es la declaración de aquélla, no se quebranta cuando los demandantes no fundan su derecho en la nulidad de ningún contrato ú obligación.

Sentencia de 7 *de Noviembre de* 1879.—Si bien es cierto que cuando la acción intentada se funda en la nulidad de un acto ú

obligación, hay que pedir ante todo la declaración de dicha nulidad, y como consecuencia de ella la de los demás derechos á que dé origen, esto debe entenderse respecto de la acción que emana directa é inmediatamente del acto ó contrato que se trata de anular.

Reivindicación.—Sentencia de 9 *de Diciembre de* 1864.—La acción reivindicatoria que compete al dueño de una cosa es eficaz y directa contra cualquiera poseedor de la misma que sin título la detenta, pero no lo es ni puede entablarse con éxito cuando el poseedor tiene un título más ó menos firme, sin que preceda al ejercicio de esa misma acción otra que, conforme á derecho, sea adecuada para destruirlo.

Sentencia de 27 *de Junio de* 1867.—La doctrina sentada por el Tribunal Supremo de que la acción reivindicatoria que compete al dueño de una cosa es eficaz y directa contra cualquier poseedor de la misma que sin título la detente, pero que no lo es ni puede establecerse con éxito cuando el poseedor tiene un título más ó menos firme, sin que preceda al ejercicio de esa misma acción otra que, conforme á derecho, sea adecuada para destruirle, se refiere al título que, trayendo origen del mismo que sirve de fundamento á la acción, necesita invalidarse para que recobre su fuerza el primero.

Sentencia de 26 *de Enero de* 1870.—Cuando el que ejercita la acción reivindicatoria lo hace en virtud del dominio que hubiese adquirido, y no por la nulidad del título de los que antes eran dueños, no tiene aplicación la doctrina de que no puede entablarse con éxito la acción reivindicatoria contra el poseedor de una que la tiene con algún título sin que preceda el ejercicio de otra que sea adecuada para destruirlo.

Sentencia de 16 *de Octubre de* 1873.—La doctrina legal de que cuando se ejercita la acción reivindicatoria contra personas que están en posesión de la cosa objeto del pleito, en virtud de un título que se tenía por legítimo, es preciso que antes se pida la nulidad de éste, sólo tiene aplicación cuando la nulidad produce la acción, pero no cuando el derecho de reivindicar es independiente de ella.

Sentencia de 20 *de Abril de* 1874.—Un título universal, cual es el de herencia, es ineficaz é insuficiente por sí solo para reivindicar una finca determinada si no se prueba que ésta forma parte

de la misma herencia, pues que el heredero no puede adquirir otros bienes y derechos que los dejados por su causante á su fallecimiento.

Sentencia de 17 *de Enero de* 1889.—Fundándose la acción reivindicatoria en un derecho reconocido, como preexistente al del título que ostenta el demandado, es innecesario pedir previa y separadamente la nulidad de dicho título, porque no nacía de ella la acción del demandante, sino que es consecuencia de la que ha deducido.

Sentencia de 6 *de Abril de* 1889.—Es inaceptable el principio de que no puede entablarse la acción reivindicatoria contra poseedor que tiene título más ó menos firme inscrito en el Registro de la Propiedad, sin que preceda otra acción que, conforme á derecho, sea adecuada para destruirlo, cuando la entablada no tiene otro objeto que el de perseguir el inmueble que el demandante reclama como dueño, pero no en el concepto de que el título del demandado sea más ó menos eficaz.

Sentencia de 22 *de Mayo de* 1889.—El demandante por acción reivindicatoria no viene obligado á pedir previamente la nulidad del título que ostenta el demandado, bastándole hacer valer el suyo, si puede subsistir y armonizarse con aquél.

CAPÍTULO XI

DEL REGISTRO DE LAS TUTELAS

Sirven de introducción estas palabras á un capítulo cuyo contenido se halla en desacuerdo con lo pomposo del epígrafe.

La ley de Procedimiento civil de 1881 estableció este Registro en forma deficiente, y esta deficiencia se muestra en el Código. El autor de la primera podrá ser acreedor á un juicio nada benévolo sobre este particular; es imperdonable la falta tratándose del Código que ha seguido los pasos de aquélla, incurriendo en sus defectos sin procurar evitarlos. Constituía el Registro de tutelas tal como existía antes, un caso de raquitismo legal, y en este mismo estado lo encontramos actualmente.

No ofrecen los Códigos extranjeros que establecen el Registro de tutelas (el francés y el de Guatemala no lo mencionan), como en otros puntos, doctrina acabada digna de copiar; mas no llegan al extremo del español. Al fin, como veremos en el lugar oportuno, exigen como requisitos de la inscripción, particulares que omite el nuestro y cuya inserción es conveniente.

La afirmación es atrevida, pero no vacilamos en lanzarla. El Registro de tutelas tal como se halla establecido en el Código español no trae utilidad alguna,

ó si la produce es escasa, y no la necesaria. El Registro de la tutela debe ser el espejo donde se refleje la vida entera de aquélla, la cámara oscura donde quede grabada y fija la conducta de todas las personas que intervienen en su ejercicio.

El Registro de tutela debe ser sinónimo de historia de ésta en su totalidad, esto es, historia de las diversas entidades que intervienen en ella: tutor, protutor y consejo de familia.

No basta que una institución sea en sí útil y conveniente: precisa establecerla en las leyes, de manera que esa utilidad resulte en la práctica y se presente como un organismo favorable á los individuos del país en que se establezca. Es útil, utilísimo, ¡quién lo duda! el Registro de tutelas, pero, por desgracia, esa preciada condición no trasciende en nuestra patria á las esferas de la realidad. Precisa, urge organizar el Registro de tutela sobre bases nuevas. ¿Cuáles han de ser éstas? Las expondremos á continuación. No tenemos que inventar nada; poseemos los materiales, y tan sólo basta aplicarlos.

Es la primera, la necesidad de la inscripción de todo contrato celebrado por el tutor ó protutor, como requisito para producir efecto contra tercero y aun contra el menor ó incapacitado. La idea del registro general de actos y contratos aplicada especialmente á la esfera de la tutela.

La publicidad del Registro debiera ser la segunda. Los Registros oficiales se crean precisamente para que toda persona pueda conocer la condición jurídica de un individuo ó de determinados bienes. El Registro de tutelas no puede ser una excepción de lo que constituye

una regla fundamental en materia de organización de Registros.

Precepto que convendría también consignar sería la facultad del Juez para calificar los títulos que presentasen para la inscripción, estableciendo el recurso subsiguiente contra la negativa del Juez, con intervención del tutor, del protutor en nombre del consejo ó del presidente de éste.

Consecuencia de la base anterior sería la de la anotación preventiva, no sólo en tal caso, sino en todos aquellos en que la inscripción no pudiere verificarse.

Innecesario es decir que habría que afirmar también la uniformidad del Registro, frente al precepto anárquico del art. 288. Al efecto, se determinarían los libros que habían de contenerle, sin dejarlo al capricho del funcionario encargado de llevarlo.

La gratuidad de la inscripción es doctrina que acepta el Código, digna de loa bajo todos conceptos, como encaminada que está á favorecer la aclimatación y el desarrollo de una institución existente ha tiempo en las leyes, pero muerta en la práctica; omite, por el contrario, la responsabilidad de los funcionarios encargados del Registro por las faltas cometidas con este motivo, principio digno de tenerse en cuenta.

Los requisitos de la inscripción habrían de ampliarse (ésta es otra de las bases) á los particulares que indicamos en el comentario del art. 290, como indispensables que son para el objeto que indudablemente se propuso el legislador al crear el Registro.

Ya sabemos que el desenvolvimiento de las bases expuestas pertenecería más al Código de procedimiento ó á un Reglamento orgánico del Código civil

que á éste mismo; pero no publicados ni uno ni otro, es un deber nuestro exponer la idea.

ART. 288. En los Juzgados de primera instancia habrá uno ó varios libros donde se tome razón de las tutelas constituídas durante el año en el respectivo territorio.

Concordancias.—Igual al art. 254 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Enjuiciamiento civil.*—Artículo 1.875. En los Juzgados de primera instancia habrá un Registro en que se pondrá testimonio de todos los discernimientos que se hicieren del cargo de tutor ó de curador.

ART. 289. Estos libros estarán bajo el cuidado de un Secretario judicial, el cual hará los asientos gratuitamente.

Concordancias.—Igual al art. 255 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 288 Y 289.—Si es plausible el precepto del art. 288 estableciendo el registro de tutelas, no lo es la forma en que se encuentra redactado.

En primer término, adolece del defecto de ser esencialmente anárquico en el sentido de no afirmar una regla uniforme para la existencia del Registro, y dejar, por el contrario, al arbitrio de cada Juzgado el modo de llevarlo. No proclama otra cosa, sino una verdadera anarquía, al decir que habrá *uno ó varios libros*, cuando debiera haber determinado taxativamente el número y clase de ellos. Ha de resultar de la disposición del art. 288 que

en un Juzgado se llevará un solo libro, y en otros existirán dos, tres ó más.

El defecto es tanto más ostensible por cuanto que la característica de todo Registro debe ser la uniformidad, y así lo ha comprendido el legislador en los hasta ahora establecidos. Basta para probarlo traer á colación las disposiciones legales referentes á los mismos «El Registro de la propiedad—dice el art. 222 de la ley Hipotecaria—se llevará en libros foliados y rubricados por los Presidentes de los Tribunales de Partido (hoy Jueces de primera instancia) ó Jueces municipales delegados para la inspección de los Registros.» «Los libros expresados en el artículo anterior—dice el 223—*serán uniformes para todos los Registros...*» El Reglamento para la ejecución de la ley del Registro civil contiene principio idéntico. Los libros que conforme á los artículos 5.° y 7.° de la ley de Registro civil, han de llevarse por duplicado en cada una de las cuatro secciones del mismo—declara el artículo 9.° en su párrafo 1.°—*serán uniformes en todos los Juzgados municipales.*»

Dice el art 288 «de las tutelas constituídas *durante el año.*» ¿Qué quieren expresar estas palabras? No encontramos otra significación sino la de que ha de haber en cada año uno ó varios libros en los que se inscribirán las tutelas constituídas en el transcurso de dicho período de tiempo. Esto es, para cada año, libro ó libros nuevos.

Derívase de esto que la inscripción de la tutela debe hacerse dentro del año de su constitución; pero conviene fijarse en que la consecuencia se deduce de la interpretación dada por nosotros, no del precepto legal, puesto que no señala término para la toma de razón. Podrá, pues, hacerse cuando se estime por conveniente, teniendo en cuenta la restricción establecida en el art. 205.

El art. 288, al hablar de constitución de tutelas, alude al primer momento de su vida, á la constituída por el consejo á raíz del hecho que dé lugar á la misma. Pero es indudable que cuando ocurra el reemplazo ó muerte del tutor procederá hacer una nueva inscripción, ya que sufrirán una modificación los particulares contenidos en los números 2.° y 3.° del art. 290. El consejo de familia tiene que reunirse para designar tutor; luego la fecha de la constitución de la tutela será diversa de la que conste inscrita.

El tutor es otro, el título de su nombramiento puede ser diverso; el primero acaso sea testamentario, el posterior puede ser legítimo ó dativo; aquél pudo estar exento de prestación de fianza, éste obligado á ello, y viceversa. Surge, pues, la necesidad de una nueva inscripción autorizada por el artículo al expresar que se tomará razón *de las constituídas durante el año*, es decir, de todas ellas, puesto que lo que en realidad sucede es que se constituye una nueva.

El precepto es general, de modo que comprende, ó debe comprender al menos, no sólo las tutelas que pudiéramos llamar privadas ó particulares en oposición á públicas, sino también éstas, ó sea aquellas en las que la persona que ejerce el cargo de tutor es funcionario del Estado, como en el caso de los expósitos ó huérfanos (artículos 212 y 303).

La tutela no lleva sólo consigo la necesidad de la inscripción en el Registro de su nombre; algunos de sus particulares deben constar también en el civil. El art. 60 de la ley del Registro civil establece que «al margen de las partidas de nacimiento se anotarán sucintamente en uno de los dos libros ejemplares, que habrá de ser el que haya de archivarse en la misma oficina del Registro, los actos siguientes concernientes á las personas á quienes aquéllos se refieran: 9.°, los discernimientos de tutelas y de toda clase de curatelas, y 10.°, las remociones de estos cargos.» Determinando el procedimiento para llevar á efecto tales anotaciones, establece el art. 61 de la misma ley que «cuando los actos mencionados en el artículo anterior constasen por documento otorgado ante Notario público, éste deberá ponerlo en conocimiento del Juez municipal en cuyo Registro se hallare inscrito el nacimiento del interesado, de la Dirección general en su caso, para que haga la correspondiente anotación marginal, remitiéndole, al efecto, testimonio en relación del documento otorgado. Si dichos actos constasen por ejecutoria ó por decreto de la Administración superior del Estado, ó por inscripción hecha en el Registro civil, cumplirán la obligación impuesta en el párrafo anterior el Tribunal ó autoridad administrativa que hubiesen dictado la sentencia ó decreto que se debe anotar, ó el encargado del Registro que hubiese formalizado dicha inscripción, debiéndose siempre acompañar al aviso la oportuna certificación ó testimonio á que la anotación se haya de referir.»

¿Qué documentos serán necesarios para verificar la anotación del art 60 de la ley del Registro civil? Examinaremos por separado el discernimiento del cargo de tutor y la remoción del mismo.

Al hablar de discernimiento la citada ley se refiere al otorgado por la autoridad judicial. En la actualidad el discernimiento es la designación hecha por el consejo de familia, inscripto en el Registro de tutelas, y aun mejor la inscripción del nombramiento. La certificación de este Registro será, pues, en nuestro entender, el documento propio y suficiente para hacer la anotación general en el Registro civil.

No sucede lo mismo con la remoción. El art. 290 del Código no exige la inscripción de dicho particular, puesto que no le incluye entre los que ha de contener el Registro. En el 240 señala como facultad propia del consejo la de acordar la remoción, pero como las actas del consejo no tienen hasta el presente carácter de documento público extrajudicial exigido por el art. 61 de la ley del Registro (otorgado por Notario, por la Administración superior del Estado), no se ve otra solución sino la de presentar testimonio notarial del acta del consejo de familia acordando la remoción, ó la misma acta original levantada con asistencia de Notario. Si el tutor acude á los Tribunales contra el acuerdo de remoción, la resolución que recaiga, una vez firme, será la eficaz para la anotación.

Designa el Código en el art. 289 como funcionarios encargados de llevar los *libros* del Registro (aquí habla en plural) de las tutelas los Secretarios judiciales, cargo que existe sólo en la esfera de las actuaciones criminales, pero no en la civil. En tanto dicho cargo no se cree, seguirán desempeñando el Registro los funcionarios que hasta la fecha lo han llenado, ó sea los Secretarios de gobierno de los Juzgados.

Deseoso sin duda el autor del Código de dar al Registro de tutelas vida más próspera que la que hasta el presente ha tenido, establece el precepto de que los asientos han de ser gratuitos. El beneficio de la ley se limita meramente al asiento, al hecho de la inscripción, no á las actuaciones necesarias para verificar éstos: comparecencia, reconocimiento de documentos, providencias, etc.

En el caso, poco probable seguramente, de que algún Secretario de gobierno cobrase derechos por el asiento, tendría apli-

cación por analogía el precepto del art. 361 de los aranceles judiciales de 4 de Diciembre de 1883, en relación con el párrafo último del art. 8.° de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea de devolver el duplo de lo cobrado, con las costas que se causasen hasta el completo resarcimiento.

ART. 290. El Registro de cada tutela deberá contener:

1.° El nombre, apellido, edad y domicilio del menor ó incapaz, y la extensión y límite de la tutela, cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad.

2.° El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo ó dativo.

3.° El día en que haya sido deferida la tutela y prestada la fianza exigida al tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituído.

4.° La pensión alimenticia que se haya asignado al menor ó incapaz, ó la declaración de que se han compensado frutos por alimentos.

Concordancias. —Igual al art. 256 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 291. Al pie de cada inscripción se hará constar, al comenzar el año judicial, si el tutor ha rendido cuentas de su gestión en el caso de que esté obligado á darlas.

Concordancias.—Igual al art. 257 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 290 Y 291.—El Registro de cada tutela—dice el art. 290—deberá contener los particulares que menciona á continuación, refiriéndose al asiento ó la inscripción que ha de hacerse, como lo confirma el art. 291 al expresar «al pie de cada inscripción.» El artículo usa sin oportunidad de una verdadera sinécdoque mencionando el todo por la parte y el continente por el contenido.

Examinaremos los cuatro números del artículo, comprensivos de los particulares que ha de abrazar la inscripción.

1.° Nombres, *apellido* y edad exige en primer término este inciso. Nada tenemos que exponer respecto de los requisitos primero y tercero: no así en cuanto al segundo, pues donde dice «apellido» en singular, debe ser en plural, «apellidos.» El artículo no ordena que se exprese la clase de filiación del menor ó incapaz; creemos, sin embargo, que en la práctica se suplirá la omisión del Código, y estimamos conveniente hacerlo así.

Otro de los extremos que deberá figurar en la inscripción es el del domicilio del menor ó incapaz, que es respecto del primero, el del padre muerto, en último término; concerniente al segundo, el propio.

La extensión y límites de la tutela es un dato que ha de constar también inscrito, y de cuya importancia nada hay que decir, puesto que en él se encuentra contenida la vida de la tutela. El inciso que estudiamos añade á continuación: «cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad...» Parece con estas palabras que hay que distinguir dos casos: el de que la incapacidad conste declarada por resolución judicial, caso en el que es necesaria la inscripción, y el de que lo esté extrajudicialmente; siendo así que en todos ellos sucede lo mismo; esto es, que la incapacidad ha de ser siempre declarada judicialmente. «No se puede nombrar tutor á los locos, dementes y sordomudos—establece el art. 213—*sin que preceda la declaración* de que son incapaces para administrar sus bienes.» Antes de declarar la incapacidad—consigna el art. 216,—*los Tribunales* oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismo al denunciado como incapaz. El 218, por último, determina que «la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera á los sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela, según el grado de incapacidad de aquéllos.»

Más terminante aparece el Código respecto de la tutela del pródigo. «La declaración de prodigalidad—consigna el art. 221—debe hacerse en *juicio contradictorio*, la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno ó por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.» Respecto del interdicto, nuestra afirmación es evidentísima, puesto que la interdicción (art. 228) tiene que imponerse por sentencia.

La cuestión es tan clara que, en nuestro entender, el Código asienta las palabras que criticamos para afirmar de nuevo el principio de que la declaración de incapacidad ha de hacerse judicialmente. De todas suertes, los términos del inciso inducen á la confusión, ó al menos no expresan lo que ha querido consignar el legislador, é interpretarían mejor la idea de éste redactados de este modo: «El nombre, apellidos, edad, clase de filiación y domicilio del menor, y la extensión y límite de la tutela, en los casos que la determinación de estos extremos corresponde á los Tribunales,» ó directamente «en los casos del sordomudo y pródigo.»

2.º Como requisito de la inscripción señala este número el nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo ó dativo.

Háblase también aquí en singular, esto es, del apellido, debiendo hacerlo en plural, como decíamos respecto del inciso anterior. La filiación de una persona se determina por la expresión de sus dos apellidos (siendo conocidos), paterno y materno, porque la existencia de toda persona supone la antenior de dos individuos de distinto sexo.

Exígese asimismo la inserción del modo por el que el tutor ejerce su cargo, si lo desempeña por virtud de designación hecha en el testamento, por derecho derivado de la ley ó por nombramiento de la entidad facultada para elegir tutor en defecto de tutor testamentario ó legítimo, ó sea el consejo de familia.

El artículo requiere sólo que se exprese la calidad legal del tutor, su clase, es decir, si es testamentario ó dativo; pero parécenos que este requisito debe ampliarse en el caso del tutor testamentario, al extremo de consignar los particulares siguientes: fecha del testamento; persona que le otorgó, si fué uno de los

padres ó un extraño que haya dejado al menor ó incapaz herencia ó legado de importancia.

Aunque no indispensable, no sería inoportuno mencionar también la edad del tutor para el efecto de justificar en su caso la excusa por esta causa, ó sea por tener más de sesenta años.

3.° «El día en que haya sido deferida la tutela.» Con estas palabras comienza el núm. 3.° del artículo, palabras altamente impropias y dignas de tacha.

Siendo el día el espacio de tiempo que invierte la tierra en su movimiento de rotación sobre su propio eje, sería más propio decir «la expresión del día en que se constituya la tutela».

Volvemos á encontrarnos el verbo deferir, cuyo empleo combatimos en el comentario del art. 204 (tomo IV), y en el del 253, inserto en el presente.

La tutela, según el art. 204, se defiere por testamento, por la ley y por el consejo de familia. Aquí cabe emplear el verbo deferir, pero ¿cómo usarla en el art. 290? ¿Qué día es el en que por el testamento ó por la ley se defiere el cargo? Difícil es expresarlo, á no considerar como tal la fecha del otorgamiento de la última voluntad en el primer caso, ó la de la muerte del causante de la tutela en los dos. Nuestra opinión rechaza una y otra: el caso 3.° del art. 290 se refiere, en nuestro entender, á la fecha del día en que se constituyó la tutela. Es la interpretación más lógica y la única racional.

La prestación de la fianza es otro de los requisitos establecidos en el núm. 3.° Respecto de ella, exige sólo la expresión de la clase de bienes en que se haya constituído. Vémonos obligados de nuevo á poner de manifiesto lo incompleto de la doctrina referente al Registro de tutelas. En primer término, en vez de la clase de bienes debiera expresar la clase de la fianza, sin perjuicio de detallar los bienes en que consistía, porque en otro caso queda excluída del requisito de la inscripción la fianza personal. A más de esto, debería contener la cuantía de la fianza y el aumento ó disminución que pudiera sufrir durante el ejercicio de la tutela, en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 259.

No es esto sólo: la fianza hipotecaria, según el art. 257, se ha de inscribir en el Registro de la Propiedad, y conforme al mismo artículo, la pignoraticia se constituirá depositando los efectos ó

valores en los establecimientos públicos destinados á este fin. Pues bien: creemos que estos diversos particulares no perjudicarían inscritos ó anotados en el Registro.

El art. 258 enumera las personas obligadas á pedir la inscripción ó el depósito; luego conveniente sería hacer constar quién cumplió con su deber.

No termina aquí la serie de defectos y omisiones del Código. De los términos del inciso que comentamos infiérese que la prestación de la fianza ha de tener lugar en todos los casos, cuando precisa no olvidar que el art. 260 declara exentos de tal obligación á determinados tutores. Nada más natural, por consiguiente, que manifestar cuando ocurriere tal exención.

Consideramos, pues, que el caso 3.° estaría redactado conforme á derecho en los siguientes términos:

«3.° La fecha del día en que se constituyó la tutela. La de la prestación de la fianza, expresando además su cuantía, clase de bienes, ó nombre, apellidos, edad, profesión y domicilio del fiador; persona que pidió la inscripción de la hipotecaria y el depósito de la pignoraticia, ó la circunstancia de estar el tutor exento de la obligación de prestarla, por hallarse comprendido en alguno ó algunos de los casos del art. 260. También se expresará el aumento ó disminución que experimente la fianza constituída durante el ejercicio de la tutela.»

4.° Este número atañe al modo con que haya sido conferido el nombramiento de tutor; esto es, si en el concepto de frutos por alimentos, ó señalando una pensión para ello. El artículo ordena sólo esto; pero creemos que sería útil (al menos no es perjudicial) consignar por quién se estableció la disposición sobre alimentos: si por uno de los padres, ó por el consejo de familia en armonía con lo dispuesto en el núm. 1.° del art. 264, y párrafo también primero del 268.

Dato que debe figurar también en el Registro de tutelas es la rendición anual de cuentas. Al pie de cada inscripción se hará constar—ordena, en efecto, el art. 291—en el comienzo de cada año judicial, si ha rendido cuentas el tutor obligado á darlas. Limita el Código á éste los requisitos relativos á las cuentas, cuando debiera expresar también el dictamen del consejo de familia y el importe del saldo en favor ó en contra del tutor. De este modo se facilitaría la rendición general de cuentas de la conclusión de la

tutela, y no habría temor de imposibilitar ó dificultar aquélla por la pérdida de los documentos referentes á ellas.

Año judicial. ¿Qué año es éste? Ni el Código civil ni la ley procesal lo mencionan Debe referirse, pues no encontramos otra explicación, á la fecha de la apertura de los Tribunales en 15 de Septiembre, fundándonos para ello en las palabras del artículo: «al comenzar el año judicial.» El art. 1.876 de la ley de Enjuiciamiento civil señalaba como época para el examen del Registro los ocho primeros días de cada año.

¿Son éstos los únicos particulares que ha de contener el Registro de tutelas? El Código señala uno más, la habilitación de edad, que, según el art. 323, ha de anotarse en el Registro civil y hacerse constar en el de tutelas.

¿Y por qué—preguntamos—ha de consignarse en este caso la causa de la conclusión de la tutela y no en los demás? ¿A qué obedece tal privilegio, que este nombre merece la disposición única del art 323? Nosotros entendemos que procedía consignar en el Registro de tutelas el hecho que diere lugar á la terminación de la tutela, con expresión del título de que aparezca ó resulte aquél y de su contenido (partida de bautismo ó certificación del Registro civil, concesión de la habilitación, escritura de adopción, resolución judicial declarativa de haber recobrado la capacidad), y considerada la emancipación como causa de extinción de la tutela, la inscripción del matrimonio en el Registro, sólo en este caso, pues que la emancipación voluntaria supone vivo uno de los padres y excluye naturalmente la tutela. El legislador lo ha omitido; respetemos su silencio, pero señalemos el defecto.

A más de la inserción del hecho determinado de la conclusión de la tutela y como consecuencia de ella, hubiera sido conveniente afirmar asimismo la necesidad de otros dos asientos, concernientes uno á la rendición general de cuentas y el resultado de la liquidación; relativo el otro á la cancelación de la fianza mediante la presentación de la escritura de aprobación de cuentas ó carta de pago ó testimonio de la resolución judicial recaída en el pleito correspondiente. Al menos, de no hacer un nuevo asiento, ordenar una anotación marginal comprensiva de cada uno de los extremos hoy omitidos.

No se diga respecto á las cuentas que debiendo hacerse constar con arreglo al art. 291, que el tutor las ha dado en el año ante-

rior, se consignará la general, porque se ve con gran claridad que atañe á las cuentas anuales, á las que debe rendir durante la tutela, no á la conclusión de ésta.

Varias cuestiones faltan por exponer en este artículo, que estudiaremos separadamente, á saber: personas obligadas á verificar la inscripción, documentos inscribibles, esto es, documentos que contengan los datos para la inscripción.

Personas que pueden pedir la inscripción.—Existiendo un artículo, el 205, que exige al tutor la inscripción de su nombramiento en el Registro de tutelas como condición previa para el ejercicio de su cargo, ocurre lógicamente afirmar que es el llamado en primer término á procurar la inscripción. Para verificar ésta son necesarias las actas de la constitución de la tutela, la de prestación de fianza y la de determinación de la pensión alimenticia, actas todas que deben permanecer en poder del consejo, puesto que, conforme al art. 311, tiene que entregarlas, al disolverse éste, al que hubiera estado sometido á tutela ó á su derechohabiente. El tutor tendrá que pedir al consejo de familia la entrega de un testimonio de dichas actas para el solo efecto de verificar la inscripción, y si el consejo se negare á ello podrá ponerlo en conocimiento del Juzgado en cuyo territorio se haya constituído la tutela, solicitando en su caso que se requiera al presidente del consejo para que exhiba y ponga de manifiesto las actas correspondientes y verificar en su vista la inscripción. Si ocurriese que el tutor se negase á practicar ésta, ó dilatase el cumplimiento de ella, el consejo de familia, y en su nombre el presidente del mismo, podrá solicitar la inscripción. Es más: el consejo debe advertir al tutor la obligación de inscribir su nombramiento.

Verdadero ministerio fiscal de la familia el protutor, no cabe duda que tendrá también facultad para excitar al tutor ó al consejo al cumplimiento del requisito de la inscripción, y aun á pedirle por sí, en el caso de que sus gestiones fueran ineficaces.

Los Códigos portugués y mejicano expresan las personas obligadas á solicitar la inscripción, y además el tiempo dentro del que ha de verificarse, circunstancia omitida también en el español. «Todo tutor ó curador—preceptúa el art. 344 del primero—deberá hacer inscribir en el Registro la tutela ó la curatela dentro de los quince días, á contar desde el en que se constituyó. Todos

los miembros del consejo de familia ó de tutela deberán cuidar se haga dicha inscripción. El pretor (Juez) podrá ordenarla de oficio.» El de Méjico dispone en su art. 106 que «pronunciado el auto de discernimiento de la tutela y publicado en los términos que previene el art. 525 (en los periódicos), el tutor, dentro de setenta y dos horas después de hecha la publicación, presentará copia certificada del auto referido al encargado del Registro, para que levante el acta respectiva. El curador cuidará del cumplimiento de este artículo.» Es cierto que el Código español prohibe el ejercicio del cargo al tutor que no inscriba su nombramiento; pero esto, que constituirá un aliciente respecto del menor ó incapacitado rico, puede servir para dilatar la entrada del tutor en su ministerio, en el caso contrario de pobreza ó escasa fortuna.

Número de inscripciones ó asientos.—De los términos del artículo se desprende que ha de ser uno; mas parécenos que deben ser tantos como sean las personas sometidas á tutela, ó por lo menos una casilla diversa para cada una de ellas. D sde el momento de la muerte del último padre, el caudal de éste se divide entre sus hijos, de modo que cada cual tiene patrimonio. Ahora bien: el art. 291 ordena que se ha de hacer constar al pie de cada inscripción la dación de cuentas, luego éstas deben ser especiales para cada uno de los sujetos á tutela. Y el tutor puede rendirlas respecto de unos y no de otros; de aquí que estimanos necesario, ó al menos conveniente, una inscripción por persona. Por otra parte, será probable que los menores ó los incapacitados tengan diversa edad, y siendo distinta por tal causa la fecha de la conclusión de la tutela, deben estar separados los asientos del registro de modo que constituyan la historia de cada una de las personas que se encuentran bajo la guarda de otra.

Documentos precisos para verificar la inscripción.—A diferencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad, para la que casi siempre basta un solo documento, para verificarla en el de tutelas son necesarios varios.

Figura en lugar primero testimonio del acta de constitución del consejo, en la que deberán constar el nombre, apellidos, edad, domicilio del tutor y del menor ó incapaz, calidad del tutor (testamentario, legítimo ó dativo). En cuanto al extremo de la fianza, será título para la inscripción el acta (testimonio) de la pres-

tación de la misma, elevada á escritura pública — como dijimos en el art. 253 — si es hipotecaria. Respecto de la pensión alimenticia, el acta en que se haya fijado. Si la tutela es de un incapacitado, se presentará asimismo testimonio del auto ó sentencia declarativo de la incapacidad.

Facultades del Juez respecto de la inscripción. — Ya expusimos en el art. 205 que, según nuestra opinión, tiene la equivalente á la que el art. 18 de la ley Hipotecaria señala á los Registradores de la propiedad, ó sea la de calificar los títulos, base de la inscripción, no sólo en cuanto á lo extrínseco de los mismos, como declara el citado art. 18, sino de lo intrínseco también. Si, pues, falta alguna solemnidad en los documentos presentados para la inscripción, ó no se expresa algún dato necesario para ella, en suma, si adolece el documento de algún vicio legal, ya de forma, ya de fondo, el Juez podrá denegar la inscripción en todo ó en parte, en tanto no se subsane la falta.

También repetimos aquí lo consignado en el art. 205, referente al caso de que se promoviese contienda judicial sobre cualquiera de los particulares sujetos á inscripción (cuantía de la fianza, clase de ésta, pensión alimenticia, etc.). El Juez podrá verificar la inscripción, anotando marginalmente en todo caso la revocación de la resolución acordada en principio. Deducimos de aquí una regla general en materia de inscripción: cuando ésta no se pueda verificar por cualquier causa, hacer la oportuna anotación preventiva de la totalidad del asiento ó del extremo del mismo no inscrito.

Recursos contra las resoluciones del Juez. — No estableciendo el Código precepto sobre este particular, sólo cabe considerar existentes los generales contra toda resolución judicial establecidos en los artículos 376, 377 y 380 á 382 de la ley de Enjuiciamiento civil. Cuando la resolución judicial afecte á los derechos de persona distinta de la que solicitó la inscripción, por ejemplo, si pedida por el tutor se relaciona con los del protutor ó incapacitado, se notificará la resolución al protutor para que apoye ó impugne el recurso si lo estima conveniente.

Valor de las certificaciones expedidas por el Secretario encargado del Registro de tutelas.—No cabe duda que tendrán el carácter de documentos públicos, ya que, según el núm. 3.° del art. 596 de la ley de Enjuiciamiento, lo son «los expedidos por los funciona-

rios públicos que estén autorizados para ello, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones», y conforme al art. 1.216 del Código, «los autor zados por un Notario ó *empleado público competente*, las solemnidades requeridas por la ley».

De esta afirmación se deduce la consecuencia de que tales certificaciones surtirán efecto contra tercero, como ya dijimos en el artículo 254, sobre el caso particular de la prenda. Los actos del consejo tienen el carácter de documento privado, pero desde el instante en que su contenido se inscribe en el Registro de tut·las, sufre una transformación (el contenido), experimenta una verdadera metamorfosis, adquiriendo la fuerza y la fe de lo consignado en documento público.

Cierto es que el art. 1.227 habla de registro público, y el Código no contiene ningún artículo declarativo expresamente de tal calidad, como propia del Registro de tutelas; pero aparte de que el mero hecho de ser llevado el Registro por un funcionario público, hace que todo documento emanado de aquél tenga el carácter de público, entendemos que este adjetivo no está empleado en el concepto que tiene esta palabra tocante al Registro de la propiedad, mercantil, sino en oposición á privado. Dícese Registro público por Registro oficial; esto es, Registro llevado por funcionarios dependientes del Estado, no registro particular; y el de tutela pertenece á la clase primera.

Publicidad del Registro de tutelas.—No reúne esta cualidad en los términos que el de propiedad, el de tutelas, ó sea que cualquier persona puede examinar los asientos y obtener certificación de ellos: existe la publicidad en el sentido expuesto en el comentario del art 254, es decir, en el de que toda persona interesada debe tener derecho para verificar dicho examen y pedir las certificaciones correspondientes.

Los Códigos extranjeros, como hemos expuesto en la introducción del capítulo, aunque no ofrecen una doctrina satisfactoria por completo respecto del Registro de tutelas, contienen, sin embargo, preceptos más acertados que el nuestro en cuanto á los particulares que debe contener la inscripción.

Para evidenciar esto, transcribiremos los artículos de los mencionados Códigos, á fin de ser estudiados comparativamente con su equivalente del Código español.

«Los registros de tutela contendrán para cada una de ellas—

dice el art. 345 del Código italiano—un capítulo especial, en el cual deberá anotarse: el nombre y apellido, la condición, edad y domicilio de la persona sujeta á la tutela; el nombre y apellido, condición y domicilio del tutor, protutor y de los demás miembros del consejo de familia ó de tutela; el título que confiere la cualidad de tutor y protutor, ó la sentencia que declaró la interdicción; el día en que se ha abierto la tutela; la fecha del inventario; la fecha de las reuniones del consejo y el objeto de las deliberaciones tomadas.» «Se llevará nota en el registro—añade el art. 346—de los estados anuales de la administración del tutor y de sus resultados.»

Contiene además el Código italiano doctrina especial sobre el Registro de curatelas de los emancipados é inhabilitados, cuyos requisitos, según el art. 348, son los siguientes: «Tendrá para cada una de ellas un capítulo especial, en el que deberá anotarse: el nombre, apellido, profesión, edad y domicilio de la persona emancipada ó inhabilitada; el nombre y apellido, profesión y domicilio del padre que emancipa, ó de los miembros del consejo de familia ó de tutela que han decidido la emancipación; la fecha de la emancipación ó de la sentencia de inhabilitación; el nombre y apellido, profesión y domicilio del curador nombrado al emancipado ó inhabilitado, y de los miembros del consejo de familia ó tutela; de el título que confiere la calidad de tutor; la fecha de las reuniones del consejo y objeto de los acuerdos tomados.» Cotejados ambos Códigos, el español y el italiano, el primero omite tres circunstancias, que considera el segundo sujetas á inscripción, á saber: el título que confiere la calidad del tutor; la fecha del inventario y la de las reuniones del consejo de familia, y objeto de las deliberaciones tomadas.

El Código portugués señala en su art. 301 como particulares de la inscripción los siguientes: «1.° La filiación, edad y domicilio del menor ó del interdicto. 2.° La importancia de su patrimonio en bienes mobiliarios ó inmobiliarios. 3.° Las fechas en que se hubiese principiado y concluído el inventario. 4.° El nombre, profesión, edad, estado y domicilio del tutor, y si es testamentario, legítimo ó dativo. 5.° Si el tutor tiene hipoteca ó prestó otra garantía. 6.° Las fechas en que principió y concluyó la gerencia del tutor. 7.° La fecha de las cuentas que éste prestará, si hubo alcance, y su entidad. 8.° Las observaciones oportunas.»

Son, pues, requisitos característicos del Registro de tutelas del Código portugués que no figuran en el nuestro: la determinación de la cuantía del caudal del sujeto á tutela, la de la fecha en que se comienza y termina el inventario y la de la conclusión del cargo de tutor, y por último, respecto de la rendición de cuentas, la expresión de si hubo alcance, y su entidad.

El Código mejicano (el de Guatemala y lo mismo el de Francia y Bélgica no mencionan el Registro de tutelas) consigna lo referente á él en el título que corresponde al Registro civil, bajo el nombre de Actas de la tutela, y sólo respecto de la discernida por incapacidad (demente y pródigo). «El acta de la tutela contendrá, conforme al art. 107, el nombre, apellido y edad del incapacitado, la clase de incapacidad por la que se haya diferido la tutela, el nombre y demás generales de las personas que han tenido al incapacitado en su patria potestad antes del discernimiento de la tutela; el nombre, apellido, edad, profesión y domicilio del tutor y del curador; la garantía dada por el tutor expresando el nombre, apellido y demás generales del fiador, si la garantía consiste en fianza; ó los nombres, ubicación y demás señas de los bienes, si la garantía consiste en hipoteca; el nombre del Juez que pronunció el auto de discernimiento, y la fecha de éste.»

ART. 292. Los Jueces examinarán anualmente estos Registros y adoptarán las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas á tutela.

Concordancias.—Igual al art. 258 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de E. civil.*—Art. 1.876. Dentro de los ocho primeros días de cada año, los Jueces examinarán dicho Registro, pedirán los informes que sean necesarios y acordarán, según los casos:

1.º El reemplazo de los tutores que hubieren fallecido.

2.º Que rindan cuentas los tutores y curadores que deban darlas.

3.° El depósito en el establecimiento correspondiente de los sobrantes de las rentas ó producto de los bienes de los menores ó incapacitados.

4.° La imposición lucrativa de los fondos existentes á que no deba darse aplicación especial.

5.° Las demás providencias necesarias para remediar ó evitar los abusos en la gestión de la tutela ó curatela.

COMENTARIO.—La restricción que el Código ha puesto á la autoridad judicial en todo lo que se relaciona con la tutela se muestra de manera patente en el art. 292. El precedente de éste, el 1.876 de la ley Procesal, concedía al Juez las atribuciones siguientes: examinar el Registro; pedir los informes qae creyese oportunos, y acordar el reemplazo de los tutores fallecidos; la rendición de cuentas por los tutores y curadores obligados á ello; el depósito en el establecimiento correspondiente de las rentas ó productos sobrantes de los bienes del menor ó incapacitado; la imposición de los fondos existentes, y las providencias que estimase necesarias para la tutela ó curatela. La legislación moderna ha concedido estas diversas facultades al consejo de familia y al protutor, autorizando sólo al Juez para que se examine anualmente el Registro de las tutelas y adopte las disposiciones convenientes en cada caso para la defensa del sometido á tutela.

El Código español ha seguido al de Italia, que considera en su art. 349 obligación del pretor la de cuidar de que se lleven los registros y dar cuenta al Fiscal al fin de cada año de las medidas tomadas para la ejecución de la ley.

Dado que el artículo circunscribe la facultad del Juez al examen del Registro, y á continuación de esto habla de la adopción de tales medidas, parece que éstas han de referirse exclusivamente á las que se relacionen con los particulares del Registro. Sin embargo, estimamos que el Juez, como personalidad superior al consejo de familia, si es sabedor de que tanto éste como el tutor ó protutor no desempeñan con rectitud y acierto su misión, podrá acordar las disposiciones oportunas para poner á salvo los intereses del menor ó incapacitado. La defensa de éstos es una función de carácter eminentemente social, y los que ostentan la representación de la sociedad en la esfera judicial están obligados á velar por el cumplimiento de aquella función y á impedir, por

tanto, que se encuentre indefenso el que tanta protección necesita.

Imposible es por esto especificar las medidas que han de tomarse. El artículo lo dice bien claro: las determinaciones que se adopten serán las necesarias en cada caso.

BIOLOGÍA DE LA TUTELA

TUTELA PLENA

NACIMIENTO

Nace la tutela..

- **De los menores... ...**
  - **Causas extrajudiciales..**
    1.ª Orfandad del menor.
    2.ª Segundas nupcias de la madre. (Art. 168.)
  - **Causas judiciales.....**
    1.ª Pérdida de la patria potestad de los dos padres ó del superviviente:
    a) Por sentencia firme dictada en causa criminal. (Artículo 169.)
    b) Por sentencia firme en pleito de divorcio si persistieren sus efectos. (Art. 169.)
    2.ª Privación ó suspensión de la patria potestad por malos tratamientos, ejemplos, órdenes y consejos corruptores de los padres ó del supérstite. (Arts. 170 y 171.)
    3.ª Ausencia ó interdicción civil de los padres ó del que sobreviva. (Artículos 183 y 229.)
- **De los incapacitados..**
  - **Causas extrajudiciales.**—*Ninguna.*
  - **Causas judiciales.....**
    1.ª Declaración de incapacidad del loco, demente ó sordomudo. (Artículos 213 y 218.)
    2.ª Declaración de prodigalidad. (Art. 221.)
    3.ª Sentencia que lleve la pena de interdicción civil. (Artículo 228.)

BIOLOGÍA DE LA TUTELA

VIDA

A

DERECHOS DEL TUTOR

Relativos al ejercicio del cargo.

Generales á todo tutor .....

1.° Representar al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo los que por disposición expresa de la ley puede ejecutar por sí solo (art. 264) ó con la intervención del consejo. (Artículos 46 y 1.318.)
2.° Administrar el caudal de los mismos. (Art. 264, caso 1.°)
3.° Recurrir ante los Tribunales contra el acuerdo del consejo, señalando la cuantía ó haciendo la calificación de la fianza. (Art. 255.)
4.° Pedir la disminución de la fianza cuando así lo requiriere las vicisitudes que experimenten el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquélla esté constituída. (Artículo 259, párrafo 1.°)
5.° Comprar por sí ó por medio de otra persona los bienes del menor ó incapacitado, siempre que haya sido autorizado expresamente para ello por el consejo de familia. (Art. 275, caso 4.°)
6.° Percibir la retribución sobre los bienes del menor ó incapacitado señalada por la persona que nombró tutor testamentario ó fijada por el consejo de familia. (Art. 276.)
7.° Recurrir á los Tribunales contra la resolución del consejo sobre las cuentas anuales de la tutela. (Art. 279.)
8.° Asistir á las reuniones del consejo cuando éste se reúna á su instancia. (Art. 308.)
9.° Dar licencia á la menor casada para enajenar, gravar é hipotecar bienes de la dote inestimada. (Art. 1.361.)

Relativos á la terminación del cargo.

3.° Reclamar ante los Tribunales contra la resolución del consejo sobre la incapacidad o remoción. (Art. 240.)
4.° Excusarse del cargo por alguna de las causas de los artículos 244 y 245. (Artículos 247 y 248.)
5.° Impugnar la resolución del consejo, desestimando la excusa. (Art. 249.)
6.° Pedir la cancelación total de la fianza, una vez aprobadas las cuentas y extinguidas en su caso todas las responsabilidades de su gestión. (Art. 259, párrafo 2.°)
7.° Exigir el saldo que resulte á su favor de la cuenta general al concluir la tutela, así como el interés legal del mismo desde que el menor sea requerido al efecto y haya entregado (el tutor) los bienes. (Art. 286.)

Especiales del tutor del pródigo..... Administrar los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio. (Artículo 225, párrafo 1.°)

BIOLOGÍA DE LA TUTELA

B

OBLIGACIONES DEL TUTOR

Anteriores al ejercicio de la tutela.

1.ª Inscribir su nombramiento en el Registro de tutelas. (Art. 205.)
2.ª Solicitar el nombramiento de protutor. (Art. 234.)
3.ª Prestar la fianza correspondiente (art. 252) y pedir su inscripción. (Art. 258.)

Coetáneas con el ejercicio del cargo.

Relativas á la persona del menor ó incapacitado...

1.ª Alimentar y educar al menor ó incapacitado con arreglo á su condición y estricta sujeción á lo dispuesto por los padres, ó en su defecto por el consejo de familia. (Art. 264, n.º 1.º)
2.ª Procurar, por todos los medios que facilite el caudal del loco, demente ó sordomudo, que adquieran ó recobren su capacidad. (Art. 264, núm. 2.º)

Relativas á los bienes.....

1.ª Hacer inventario de los bienes del sujeto á tutela dentro del término que señale el consejo de familia. (Art. 264, núm. 3.º)
2.ª Administrar el caudal de los menores ó incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia. (Art. 264 núm. 4.º)
3.ª Responder de los intereses legales del capital del menor cuando por su omisión ó negligencia quedare improductivo. (Art. 273.)
4.ª Rendir anualmente cuentas de su gestión. (Art. 279.)
5.ª Exigir que rinda cuenta general de su administración al tutor que sea reemplazado. (Artículo 280.)
6.ª Exigir del marido (tutor de la mujer menor de edad), en defecto de padre, madre ó persona que hubiere dado la dote ó los bienes que deban garantizarse, la inscripción é hipoteca de los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada, y el aseguramiento con hipoteca especial expresa de todos los demás bienes de la misma

de la ley Hipotecaria.)

8.ª **Responder de los perjuicios que cause el menor ó incapacitado que esté bajo su autoridad y viva en su compañía. (Art. 1.903, pár. 3.º)**

Mixtas.....

1.ª Solicitar la autorización del consejo de familia para todos los actos que no puedan realizar sin ella (art. 264, núm. 5.º), ó sea los comprendidos en el 269. De éstos, unos se refieren á la persona del menor ó incapacitado, como los tres primeros de dicho artículo, y los restantes á los bienes, y por esta razón incluímos este deber entre los mixtos.

2.ª Procurar la intervención del protutor (art 264, núm 6.º) en los casos siguientes:

a) Formación del inventario y constitución de fianza. (Art. 236, núm. 1.º)

b) Para que asista á las reuniones del consejo de familia. (Art. 236, párrafo último.)

c) Cobrar de los deudores del menor ó incapacitado cantidades superiores á 5.000 pesetas, á no ser que procedan de intereses, rentas ó frutos, y hacerse pago de los créditos que le correspondan. (Art. 275, números 2.º y 3.º)

d) Rendición parcial ó total de cuentas. (Artículos 279 y 280.)

3.ª Asistir á las reuniones del consejo de familia cuando fuere citado. (Art. 308.) Esta obligación es mixta, pues según hemos expuesto en el caso 1.º de esta clase de obligaciones, el consejo de familia puede tratar de asuntos referentes ya á la persona ya á los bienes del sujeto á tutela.

Subsiguientes á su ejercicio.

1.ª Rendir cuenta general de su gestión al ser reemplazado por otro en la tutela. (Art. 280.)

2.ª Dar cuenta de su administración al acabarse la tutela. (Art. 281.)

3.ª Responder del saldo que resulte en su contra de las cuentas generales de la tutela y del interés legal correspondiente, así como de las demás responsabilidades inherentes al ejercicio de la tutela. (Art. 286.)

Especiales del tutor del interdicto.....

Cuidar de la persona y bienes de los menores ó incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto á interdicción, hasta que se les provea de otro tutor, y dirigir á la mujer del penado si fuere menor de edad. (Art. 229.)

BIOLOGÍA DE LA TUTELA

C

DERECHOS DEL PROTUTOR

Relativos al ejercicio de su cargo.

1.° Vigilar al tutor. (Art. 201.)
2.° Ejercer los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes del menor ó incapacitado y percepción de sus productos, mientras se constituye la fianza. (Artículo 256.)
3.° Intervenir el cobro que haga el tutor de los deudores del sujeto á tutela, cuando se trate de cantidades superiores á 5.000 pesetas y no procedan de intereses, rentas ó frutos. (Art. 275, núm. 2.°)
4.° Intervenir el cobro que haga el tutor de los créditos que le correspondan. (Art. 275, núm. 3.°)
5.° Examinar las cuentas anuales de la tutela (art. 279), las que rinda el tutor reemplazado (art. 280) y las generales á la conclusión de la tutela.
6.° Asistir á las deliberaciones del consejo de familia y tomar parte en ellas. (Artículos 236, párrafo último, y 308)
7.° Emitir su opinión en todos los asuntos de la competencia del consejo, salvo los que atañan á él.
8.° Intervenir en la formación del inventario de los bienes que comprende la tutela.

Relativos á la terminación del cargo.

1.° Renunciarlo en virtud de causa legítima debidamente justificada. (Art. 202)
2.° Ser citado por el consejo de familia en el caso de que éste intente declarar su incapacidad ó remoción, y ser oído si se presentare. (Art. 239.)
3.° Reclamar contra la resolución del consejo declarando la incapacidad ó acordando la remoción. (Art. 240.)
4.° Excusarse del cargo por alguna de las causas legales. (Artículos 247 y 248.)

OBLIGACIONES DEL PROTUTOR

1.ª Intervenir el inventario de los bienes del menor y la constitución de la fianza del tutor, cuando hubiere lugar á ella. (Art. 236, núm. 1.º)
2.ª Sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor. (Art. 236, núm. 2.º)
3.ª Llamar la atención del consejo sobre la gestión del tutor, cuando le parezca perjudicial á la persona ó á los intereses del menor. (Art. 236, núm. 3.º)
4.ª Promover la reunión del consejo para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante ó abandonada. (Art. 236, núm. 4.º)
5.ª Responder de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor por omisión ó negligencia en el cumplimiento de los deberes expuestos. (Art. 236, párrafo penúltimo.)
6.ª Pedir la inscripción de la fianza hipotecaria ó el depósito de la pignoraticia prestada por el tutor, y responder de los daños y perjuicios si no lo hiciere. (Art. 258.)
7.ª Requerir al tutor para que inscriba en el inventario los créditos que tenga contra el menor. (Art. 267.)
8.ª Defender al menor ó al incapacitado ante los Tribunales cuando el tutor recurra contra la resolución del consejo sobre las cuentas anuales de la tutela. (Art. 279, párrafo último.)
9.ª Asistir á las reuniones del consejo de familia cuando fuere citado. (Art. 308.)
10. Pedir la constitución de la hipoteca á favor de la menor casada. (Art. 1.352.)

BIOLOGÍA DE LA TUTELA

CONCLUSIÓN

Tutela de los menores.

En absoluto..

- **Causas extrajudiciales..**
  1.ª Muerte del menor.
  2.ª Mayor edad. (Art. 278, núm. 1.°)
  3.ª Adopción. (Art. ídem, íd.)
  4.ª Nueva viudez de la mujer que hubiera perdido la patria potestad por contraer segundas ó posteriores nupcias. (Art. 172.)
- **Causas judiciales.....**
  1.ª Cumplimiento de la pena de privación de la patria potestad ó extinción de la misma por amnistía ó indulto. (Art. 278, núm. 2.°, en relación con el 132 del Código penal.)
  2.ª Cesación de los efectos de la sentencia firme de divorcio ó de las causas que produjeron la pérdida de la patria potestad ó la suspensión de su ejercicio. (Art. 171.)

En cuanto á varios de sus efectos .....

- **Causas extrajudiciales..**
  1.ª Habilitación de edad. (Art. 278, núm. 1.°, en relación con el 317 y 324.)
  2.ª Matrimonio del sometido á tutela. (Artículos 59 y 317.)
- **Causas judiciales.**—*Ninguna.*

Tutela de los incapacitados.

En absoluto...

- **Causas extrajudiciales..**
  Muerte del incapacitado.
- **Causas judiciales .....**
  Cesación de la causa que la motivó (art. 278, núm. 2.°).
  a) Recobrar el loco, demente, imbécil ó sordomudo su capacidad, declarado este extremo *judicialmente*.
  b) Cumplimiento de la pena por el interdicto, ó extinción de la responsabilidad penal por amnistía ó indulto. (Art. 132 del Código penal.)

En cuanto á un sólo efecto..

- **Causa extrajudicial ...**
  Otorgamiento de testamento en un intervalo lúcido, bajo el dictamen de dos facultativos. (Art. 665.) En puridad, es una suspensión momentánea de los efectos de la tutela, más que conclusión de ésta.

BIOLOGÍA DE LA TUTELA

TUTELA RESTRINGIDA DE LOS MENORES (ARTÍCULOS 59, 317 Y 324).

NACIMIENTO

Nace esta tutela por las mismas causas judiciales y extrajudiciales que la plena, pero respecto de las personas siguientes:

1.ª Menor de edad emancipado por el matrimonio en vida de sus padres, si tuviese lugar alguna de las causas mencionadas en la tutela plena.

2.ª Menor de edad, emancipado voluntariamente por sus padres ó uno de ellos, en igual caso que el anterior.

Nace también esta tutela, como continuación de la plena, por las causas siguientes:

1.ª Matrimonio del sometido á tutela.

2.ª Habilitación de edad.

VIDA

Derechos del tutor.

1.° Dar su consentimiento al menor para tomar dinero á préstamo, gravar ó vender bienes inmuebles. (Artículos 59, 317 y 324.)

2.° Comparecer en juicio con el menor. (Artículos ídem.)

CONCLUSIÓN

Causas extrajudiciales..... { Muerte del menor. / Mayor edad. (Art. 278, núm. 1.°) / Adopción. (Art. ídem.)

TÍTULO X

Del consejo de familia.

«Edificio construído de buena fe en terreno propio (Derecho civil común) con materiales ajenos,» esto es el consejo de familia dentro del Código español

La historia confirma la verdad de nuestro aserto. El consejo de familia es institución extraña á la legislación de Castilla; no es una institución nacional (aunque existiera ya en alguna región de España), pero ha vivido en lejanos tiempos en algún pueblo y vive hoy al amparo del Derecho de otras naciones.

Su expresión científica y sistemática es hija de la época moderna; su nacimiento es de antigüedad notoria. Pudiéramos decir que su historia es la de la Humanidad. Por tal causa, para estudiar la del consejo, necesitamos exponer la de ésta.

Como primera forma de organización de la sociedad común á todos los pueblos antiguos, encontramos la patriarcal, la familia con los rasgos típicos que los autores modernos, especialmente Fustel de Coulanges, nos presentan, ó sea su carácter esencialmente religioso con el culto de los antepasados y el poder absoluto del *pater-familias* como consecuencia de él.

El poder absoluto del padre se manifestaba en las

diversas esferas de la vida familiar, religiosa, económica y judicial.

En la primera, el padre era el jefe supremo de la religión doméstica y el que dirigía las ceremonias del culto. «El padre—dice el expresado autor—era el primero en el hogar, le encendía y mantenía; era, pues, su pontífice. Por su medio se perpetuaba la familia y el culto, siendo el único representante de toda la serie de sus ascendientes y el tronco de toda la de sus descendientes.»

Compréndese de antemano el concepto del derecho de propiedad en los tiempos de que nos ocupamos. La propiedad individual no existía, todo era de la familia. Pertenecía á los antepasados y á los descendientes. Era indivisible—expresa Fust el de Coulanges—por su propia naturaleza, porque no podía haber más que un propietario: la misma familia; y un usufructuario: el padre. La madre y el hijo no poseían nada.

El *pater-familias* no era sólo el sacerdote; era también el magistrado *único* y *supremo* de la familia. Resolvía las cuestiones que surgían entre los individuos de ella y le correspondía conocer de los delitos cometidos por los mismos, castigándolos hasta con la pena de muerte. El padre podía comparecer por sí, ó en nombre de su mujer ó de sus hijos, ante los Tribunales de la ciudad; éstos no tenían competencia para entender contra una ú otros. Exprésalo bien á las claras Gaiio en estas palabras: «Es necesario tener presente que no se puede ceder nada, en justicia, á las personas que están bajo la potestad de otro, como sucede á las mujeres, hijos y esclavos, porque no pudiendo tener nada en propiedad, se ha deducido con razón que tampoco pueden reivin-

dicar nada en juicio. Si un hijo sometido á vuestra potestad ha cometido un delito, se da la acción en juicio contra vosotros.» «Su juez, pues (el de la mujer é hijos)—añade Fustel de Coulanges—era el jefe de la familia, actuando como en un Tribunal en virtud de su autoridad marital ó paterna, á nombre de la familia y en presencia de las divinidades domésticas.»

La familia, el Estado-familia (de la que hasta aquí hemos hablado) es, como queda dicho, la primera fase del desenvolvimiento de la Humanidad; al lado de ella, ocupando el lugar inmediatamente superior á la misma en la escala seguida en el citado desarrollo, encontramos la *Gens*.

El respetable Catedrático de la Universidad Central, Sr. Pastor, en su historia del *Derecho Romano*, explica el origen de la *Gens* en términos claros y exactos. «Al morir el *pater-familias*—expone—no se rompían todos los lazos que unían á los individuos de la sociedad doméstica. Todos ellos continuaban el mismo culto, adorando al jefe de su raza, y usaban el nombre de su antecesor común. Con el transcurso del tiempo no podían precisar el grado de parentesco que les unía; pero las ramas procedentes de cada tronco, unidas por el culto y el nombre, formaban una agrupación religiosa y política á la vez, que procuraba la conservación de los objetos comunes más importantes, á saber: la perpetuidad del culto, la pureza de su nombre, y como medios indispensables al efecto, la conducta intachable de sus individuos y la conservación de los patrimonios. No era, pues, la *Gens* una sociedad meramente política cuyo fin consistiera únicamente en que sus miembros pudieran ejercer los derechos comu-

nes, sino á la vez religiosa y familiar. Era la familia en un mayor grado de desarrollo: un Estado más extenso que la familia, si bien fundado en ella, para realizar fines más generales; podría considerarse como el tránsito de la sociedad doméstica á la pública, de la casa á la ciudad.»

Confirma el concepto acabado de exponer, la autorizada opinión del sabio á quien hay que acudir siempre en la materia que tratamos, al eminente Fustel de Coulanges. «La *Gens*—afirma—no es una asociación de familias extrañas, si no la familia misma, pudiendo comprender indiferentemente una sola línea, ó producir numerosas ramas; pero constituyendo siempre una familia. Es fácil—continúa—concebir la naturaleza y formación de la *Gens* antigua, refiriéndola á las antiguas creencias é instituciones, y vendremos en conocimiento de que la *Gens* se deriva naturalmente de la religión doméstica y del derecho privado de las antiguas edades. ¿Qué prescribía, en efecto—pregunta,—aquella religión primitiva? Que el antepasado, es decir, el primer individuo enterrado en el sepulcro, fuese honrado perpetuamente como Dios, y que sus descendientes reunidos cada año en el lugar sagrado en que reposaba, le ofreciesen la comida fúnebre. El hogar siempre encendido, y el sepulcro honrado siempre con su culto, constituían un centro alrededor del cual iban á vivir todas las generaciones, y á cuya sombra permanecían agrupadas como en un solo haz todas las ramas de la familia, por muy numerosas que fuesen. ¿Y qué decía—pregunta de nuevo—el Derecho privado de las antiguas edades? Observando la manera de ser de la autoridad en la familia antigua, hemos visto que los

hijos no se separaban del padre; y estudiando las reglas de la transmisión del patrimonio, hemos averiguado que, gracias al derecho de primogenitura, los hermanos menores no se separaban del mayor. Hogar, sepulcro, patrimonio, eran cosas indivisibles en su origen; lo era también, por consiguiente, la familia, y no la desmembraba el tiempo. Esta familia indivisible, y que se desarrollaba al través de las edades, perpetuando de siglo en siglo su nombre y su culto, era verdaderamente la *Gens* antigua. La *Gens* era, pues, la familia, pero la familia que había conservado la unidad que su religión le prescribía, y con el desarrollo que le permitía alcanzar el antiguo derecho privado.»

La humanidad, obedeciendo á la ley indeclinable del progreso, se fué manifestando en organismos cada vez más amplios, desarrollo que explica con gran acierto Fustel de Coulanges. «La pequeñez de la sociedad primitiva—dice—correspondía á la pequeñez de la idea que se había formado de la divinidad, teniendo cada familia sus dioses, y no concibiendo ni adorando el hombre más divinidades que las domésticas. Pero no podía contentarse mucho tiempo con dioses tan inferiores á los que podía alcanzar su inteligencia, y si le faltaban muchos siglos para llegar á representarse á Dios como un Ser único, al menos podía aproximarse insensiblemente á este ideal, agregando de edad en edad su concepción, y ensanchando poco á poco la línea del horizonte que para él separaba el Ser Supremo de las cosas de la tierra. La idea religiosa y la sociedad humana, debían ir creciendo al mismo tiempo. La religión doméstica prohibía á dos familias mezclarse ni fundirse en una; pero podían muchas, sin sacrificar

nada de su religión particular, unirse, al menos por medio de la celebración de otro culto común, y esto es precisamente lo que sucedió. Cierto número de familias formaron un grupo que la lengua griega llama *fratria* y la latina *curia*.»

«La asociación—expresa más adelante Fustel de Coulanges—continuó creciendo naturalmente, y del mismo modo agrupándose muchas curias ó fratrias, formando una tribu... Ésta, así como la familia y la fratria, estaba constituída para ser un cuerpo independiente, puesto que tenía un culto especial, de que se excluía á los extraños. Una vez formada, no podía admitirse ninguna otra nueva familia, ni dos tribus podían refundirse en una sola, porque la religión no lo consentía. Pero así como se habían unido muchas fratrias en una tribu, pudieron asociarse entre sí muchas tribus, á condición de que se respetase el culto de cada una. El día en que se hizo esta alianza—afirma con gran exactitud el notable escritor—existió la ciudad... Así es que la sociedad humana no fué creciendo como un círculo que se hubiese ido ensanchando poco á poco y apoderándose de los puntos más inmediatos de la circunferencia, sino que, al contrario, grupos pequeños, formados con mucha anterioridad, se fueron agregando unos á otros. Muchas familias formaron la fratria, muchas fratrias la tribu, muchas tribus la ciudad; y familia, fratria, tribu y ciudad fueron, por lo demás, sociedades enteramente semejantes entre sí, y nacidas unas de otras por una serie de federaciones.»

Esta jerarquía de la asociación, ¿determinó la absorción de los organismos inferiores ó ya existentes por los superiores ó el más moderno? La respuesta nos

la suministra el sabio autor francés de quien nos venimos ocupando. «Es preciso observar también—manifiesta—que aunque estos diferentes grupos (*Gens, fratria, tribu)* se asociaban, ninguno perdía por ello su individualidad ni su independencia. Por más que muchas familias se uniesen en una fratria, cada una conservaba su constitución como en la época en que estaba aislada, no habiendo la menor alteración en su culto, ni en su sacerdocio, ni en su derecho de propiedad, *ni en su justicia* interior. Asociábanse en seguida las curias, pero sin perder su culto, sus reuniones, sus fiestas y su jefe. De la tribu se pasó á la ciudad, pero no por eso se disolvieron las tribus, continuando cada una formando un cuerpo separado, poco más ó menos como si no existiese la ciudad. En religión, quedaron una multitud de cultos pequeños sobre los cuales se estableció un culto común; en política, continuaron funcionando una porción de pequeños Gobiernos, y encima de ellos se estableció un Gobierno también común.»

Como vemos, la formación de la ciudad no llevó consigo la destrucción de las diversas tribus que la constituyeron, ni la tribu la de sus elementos integrantes, la fratria y así en orden de mayor á menor. Cada nuevo núcleo respetaba la existencia de sus antecesores, que gozaban, aun formando el ascendente, de completa libertad en lo que era privativo de su esfera. De esta autonomía gozaron también en la judicial, en lo relativo á la administración de justicia sobre los individuos que formaban parte primero de la familia, en segundo lugar de la *Gens*, después de la fratria, más tarde de la tribu.

Fustel de Coulanges lo afirma de una manera ter-

minante con referencia á varios autores antiguos (Eschino, Aristóteles, Pollux, Herodoto, Platón, Cicerón, Tácito, Plutarco, Strabon, Gaiio y otros). «La fratria tenía sus asambleas, su tribunal y facultad de dictar decretos; y así como en la familia, había en ella dios, culto, sacerdocio, *justicia* y gobierno, siendo una pequeña sociedad modelada exactamente sobre aquélla.» «La tribu—prosigue,—como la fratria, tenía sus asambleas y expedía decretos á que debían someterse todos sus miembros, *tenía tribunal y derecho de justicia sobre ellos.*»

Hablando de la ciudad, dice en otro párrafo de su obra: «La ciudad era una confederación, y por eso se vió obligada, durante muchos siglos al menos, á respetar la independencia religiosa y civil de las tribus, de las curias y de las familias, y no pudo tener desde luego derecho á intervenir en los asuntos particulares de aquellas pequeñas corporaciones. No tenía que ver nada con el interior de la familia, *ni era juez de lo que en ella ocurría, dejando al padre el derecho y el deber de juzgar á su mujer, á sus hijos y á sus clientes.*»

En apoyo de esto viene, por último, el texto de Gaiio, citado con anterioridad, y las siguientes palabras que, fundadas en él, consigna Fustel de Coulanges, y que repetimos aquí: «De toda la familia, sólo el padre podía comparecer ante el Tribunal de la ciudad, y sólo para él existía la justicia pública. Si para la mujer y los hijos no había justicia en la ciudad, es porque la tenían en su casa. Su juez era el jefe de familia, actuando, como en un Tribunal, en virtud de su autoridad marital ó paterna, á nombre de la familia y en presencia de las divinidades domésticas.»

La breve historia de la familia expuesta en anteriores líneas ofrece una consideración importante que podemos consignar bajo la autoridad que representa el nombre de Fustel de Coulanges; es la de que en las diversas fases por que atravesó la Humanidad hasta aparecer convertida en ciudad, en todos los varios períodos de su desenvolvimiento, existió la justicia familiar, lo mismo en la familia propiamente tal, que en la *Gens*, en la fratria como en la tribu y aun la ciudad. El padre, y más tarde el jefe de la *Gens*, el de la fratria ó el de la tribu, era el *juez competente* para conocer de todas las cuestiones relativas á los individuos sometidos á su jurisdicción. Había, pues, el *Tribunal de la familia*, con jurisdicción propia, independiente de la de los Tribunales de la ciudad. Ante éstos comparecía el jefe de la colectividad; los individuos ó miembros de ésta ante el primero.

El Tribunal de familia no cabe duda que existió, porque era una consecuencia indeclinable de la organización de la familia, sometida á un jefe despótico; pero su constitución no debió ser inmutable. Como toda institución humana, hubo de ser fatalmente variable y progresiva, y cambiar de esencia y condiciones. En los primeros tiempos, cuando el poder del jefe del grupo era infinito é ilimitado, el tribunal sería unipersonal, lo constituiría sólo el jefe; á medida que dicho poder se fué debilitando, debieron acrecentarse, á expensas de aquél, los derechos de los demás individuos de la familia. De aquí que no sea temerario afirmar que de unipersonal se convertiría en colegiado, y que primero se administraría justicia *sólo* por el jefe *ante* la familia y más tarde *con* la familia, es decir, en unión

de ella. Esta transformación fué, al menos, la que se observa en Roma.

Si Asia representa en la Historia de la Humanidad la cuna del género humano, Roma es la madre, la fuente del Derecho de los pueblos cultos modernos. Si acudimos á Grecia para inspirarnos en sus monumentos artísticos y la respetamos como maestra de las bellas artes, debemos también acudir á Roma para buscar los orígenes de toda institución jurídica. De aquí que tratemos de determinar los antecedentes del consejo de familia en el Derecho romano.

¿Existió en Roma el tribunal de familia? La contestación afirmativa se impone. Aparte del texto de Gaiio, citado por Fustel de Coulanges y mencionado por nosotros, están los textos de diversos autores y jurisconsultos romanos que lo confirman.

Un profesor de Derecho romano, Fresquet, publicó un notable trabajo sobre este particular en la *Revista Histórica de Derecho Francés y Extranjero*. A él acudiremos en primer término, porque á la verdad hemos encontrado escasos trabajos especiales acerca de este extremo, y el citado constituye una excepción; es una verdadera monografía del consejo.

Este autor estudia en primer término los precedentes del consejo, y dice:

«El historiador que menciona el tribunal de familia en el período romano más remoto, es Dionisio de Halicarnaso. Remonta su origen, al menos para las mujeres, á los tiempos fabulosos de Roma. Según él, un marido fué llamado por el Rey para juzgar con los cognados de la mujer ciertas faltas graves de ésta. Tito Livio—prosigue dicho escritor—no habla explícita-

mente de la jurisdicción doméstica bajo los Reyes, pero la menciona varias veces bajo la República. Valerio Máximo (sobre el que funda Fresquet casi todas sus aserciones) presenta ejemplos de la existencia del consejo. Florus habla igualmente del consejo en su libro primero, capítulo XXVI, y Salustio cita un ejemplo en la conjuración de Catilina.»

Fresquet explica con lógica la causa del decaimiento de la institución bajo el Imperio. «Cuando éste vino—expresa,—la institución del tribunal de familia debía haber ya caído en desuso. El poder político había absorbido esta jurisdicción; en tal momento, el Estado dominaba á la familia, y en el derecho criminal, el principio del procedimiento de oficio comenzaba á reemplazar al sistema de la acusación individual. Sin embargo—añade,—encontramos en los historiadores de los Césares dos circunstancias, por las que se ven en vigor los antiguos principios. Tiberio, según Suetonio, sometió á las mujeres que habían faltado á las leyes del pudor al juicio de sus cognados (si bien para el caso de que no hubiese comenzado la causa de oficio). Bajo Nerón, Tácito presenta el ejemplo de un marido que presidió el tribunal de parientes para juzgar á su mujer, acusada de haberse convertido al cristianismo.»

A partir de este momento hasta la ley de Valentiano y de Valente, *De emendatione propinquorum*, no se encuentra texto que mencione la jurisdicción del tribunal de familia.

Hasta aquí la historia del tribunal de familia; pero interesa estudiar también otros extremos importantes, como son: quiénes formaban parte del tribunal; jurisdicción de éste y personas sobre las que recaía. Sabido

es que eran dos las relaciones existentes en la familia romana: la agnación y la cognación. Ahora bien: ¿eran las dos título para formar parte del tribunal? Fresquet, refiriéndose á textos de Dionisio de Halicarnaso, Tito Livio, Valerio Máximo, Tácito y otros (1), que menciona para demostrar la exactitud de su opinión, afirma que sólo era tenida en cuenta para la formación del tribunal la cognación, si bien el jefe de familia podía hacer intervenir en él amigos y aun extranjeros.

De los textos citados y de otros que consigna, deduce Fresquet como conclusión que el tribunal de familia se componía de cognados hasta el sexto grado, y en su defecto de amigos. Si se trataba de una mujer casada no *in manu,* el marido y sus ascendientes tomaban parte en la decisión; si estaba *in manu,* los cognados del marido le constituían con los cognados de la mujer.

Mommsem, en su *Historia de Roma*, afirma que los agnados formaban parte también de él.

La autoridad del Tribunal de familia recaía sobre el hijo y sobre la mujer. Cierto es que el poder del padre se halla revestido de fuerza casi omnímoda, pero parece que este ejercicio se templaba en algunos casos por la intervención de los parientes. Así al menos lo

---

(1) Tito Livio, libro primero, 58. *Ardeam mittit ut cum singulis fidelibus amicis veniant.* (Cuando Lucrecia reunió el tribunal doméstico después de haber sido violada por Sexto Tarquim.)

Valerio Máximo, libro quinto, 8.°, pár. 2.° *Adhibitio propincuorum et amicorum consilio.*

Idem, libro sexto, 3.°, pár. 12. Declara Valerio Máximo que Publicia y Lieima, que habían envenenado á sus maridos, fueron ahorcadas, *decreto propincuorum.*

demuestran varios casos presentados por los autores romanos. Encuéntrase citado por Tito Livio el del tribuno Spurius Casio, donde declara que el asunto fué examinado *cognita domi causa* y hubo *judicium*, es decir, sentencia dictada por un tribunal.

Valerio Máximo ofrece otro ejemplo de la participación de los parientes en los actos extremos de la jurisdicción ejercida por el padre sobre sus hijos. Lucio Gelio, sospechando que su hijo era autor de un crimen grave, reunió al efecto el consejo de familia. Paulo Orosio cita el caso de la condena de un padre de familia que había matado á su hijo sin el acuerdo del tribunal doméstico.

En opinión de Fresquet, es, pues, indudable que el tribunal de familia debía ser oído por el padre, y si en algunos casos éste condena por sí al hijo es—dice—porque obra, ó como magistrado, ó como revestido de funciones judiciales que le han sido conferidos. «Así—añade,—Bruto condenó á sus hijos por conspiración en favor de los Tarquinos, pero fué en su calidad de cónsul; así, Manlio Torcuato, en la guerra contra los Latinos, hizo matar á su hijo que había combatido desobedeciéndole, pero no fué el padre, sino el general, el que ordenó la muerte.»

No menos clara aparece la competencia del tribunal de familia sobre las mujeres. Fresquet, apoyándose en textos de Polibio, Tito Livio y Suetonio, cita varios ejemplos de ello, en caso de adulterio, conducta inmoral, parricidio y apostasía. Con motivo del senado-consulto de las Bacanales, las mujeres convictas de haber tomado parte en las orgías y en los crímenes realizados en aquéllas, fueron entregadas á sus parien-

tes para sufrir la pena de muerte. *Mulieres damnatas cognatis autquorum in manu essent tradebant, ut ipsi in privato animadverterent in eas.*

Tito Livio, en el epítome del libro diez y ocho, refiriéndose al parricidio cometido por Publicia y Licinia, que envenenaron á sus maridos, dice: *Publicia et Licinia nobiles feminæ, quæ viros suos consulares necasse insimulabantur, cognita causa, cum prætori pro se vades dedisset, cognatorum decreto necatæ sunt.* Y Valerio Máximo, refiriéndose al mismo hecho (libro sexto, capítulo III, pár. 12), expresa: *Propincuorum decreto strangulatæ sunt.*

El mismo Valerio Máximo consigna que dos censores expulsaron del Senado á Lucio Antonio por haber repudiado á su esposa sin acuerdo del consejo. *Quot quæm virginem in matrimonium duxerat, repudiasset, nullo amicorum in consilium adhibitio.*

Sintetizando Fresquet lo consignado acerca de las personas sobre las que ejercía su acción el tribunal doméstico, expresa así su opinión: «El padre de familia y el marido que tenía la *manus* no podía traspasar ciertos límites en el ejercicio de su autoridad; cuando querían ir más allá de simples actos de corrección, era preciso el acuerdo y el apoyo del tribunal doméstico, cuya opinión contraria podía paralizarlos.»

¿Qué hechos caían bajo la jurisdicción del tribunal de parientes? No es posible dar una respuesta categórica, porque es difícil establecer los linderos de la jurisdicción del citado Tribunal y de los de Roma. Aquél conoció en delitos de derecho privado y de derecho público. Por él fueron juzgados Spurio Casio por haber aspirado al trono, Antonio Fulvio por haber conspi-

rado con Catilina, y un hijo de Lucio Gelio, acusado de *estupro* con la esposa de éste. En esta esfera (penal), su competencia debió limitarse á los delitos que no podían dar lugar á una acusación ante los Tribunales de Roma.

Gautier, en su *Historia del Derecho francés*, afirma que intervenía en los esponsales y matrimonio de los hijos de familia, afirmación expuesta también por el Catedrático de la Universidad de Madrid, Sr. Pastor, el cual dice que su competencia se extendía á otros casos, ejercicio del *jus vitæ et necis* (Cicerón, *De Fenit*, 1. 70) y para vestir la toga viril.

Además, conforme á la ley 18, tít. IV, libro quinto del Código, era necesaria su intervención para que la viuda menor de veinticinco años pudiese contraer segundas nupcias, y según la ley 1.ª, párrafo 1.°, tít. II, libro veintisiete del *Digesto*, para variar el lugar ó persona señalada por el padre para la educación del pupilo.

Aun en el orden penal sus atribuciones no debieron ser las mismas en los diversos períodos de la historia de Roma, comprendiéndose que fueran desapareciendo á medida que disminuía la importancia de la familia y aumentaba correlativamente el poder del Estado. Así lo confiesa Fresquet. «Podemos—dice—consignar la existencia del tribunal de familia desde los tiempos fabulosos hasta el Código de Justiniano. Observamos, sin embargo, que su importancia fué siempre disminuyendo, aun antes del fin de la República; y así como por una feliz transformación, el poder paterno, en un tiempo tiránico, se convirtió en poder de protección para los hijos, del mismo modo, el tribunal doméstico,

que tuvo sus fastos sangrientos, es sólo bajo los Emperadores cristianos el *consilium necesariorum*, consultado con frecuencia en interés de los incapacitados, á los cuales no puede imponer más que una corrección paternal.»

Los textos principales referentes á la competencia del tribunal de familia, son los siguientes, que transcribimos para su mejor estudio:

Código, libro quinto, tit. IV, ley 18 (1). *Viduce intra quintum et vicesimum annum degentes, ettan si emancipationis libertate gaudent, tamen en secundas nuptias sine patris sententia non conveniant. Quod si in conditionis delectum mulieres voluntas repugnat sententiæ propinquorum, placet admodum, ut in virginum conjunctionibus sanctum est, habendo examini auctoritatem quoque indiciariæ cognitionis aduingi, ut, si pares sunt genere ac moribus petitores, is potior æstimetur quem sibi consulens mulier adprobaverit. Sed ne forte ii, qui gradu proximo ad viduarum successiones vocantur, et honestas nuptias impediant, si huyus mori, rei suspicio proceserit, eorum volumus auctoritatem judiciumque succedere, ad quos, etiam si fatali sors interceserit, tamen hereditatis commodum pervenire non possit...* Las viudas que no han llegado todavía á los veinticinco años de edad, aunque sean emancipadas, no pueden contraer segundas nupcias sin el consentimiento de su padre. Si en la elección de marido, la voluntad de la viuda no fuese conforme á la de los parientes, ordenamos que intervenga en este caso la autoridad judicial, á fin de que si los pretendientes son iguales en su familia y costumbres, sea preferido el elegido por la mujer. Pero para evitar que los más próximos parientes de las viudas, á cuya sucesión estén llamados, las impidan contraer honestas nupcias, ordenamos. que si hubiese motivo de sospecharlo, se siga el dictamen de aquellos parientes que no debieran heredarla si la sobreviviesen »

Código, libro noveno, tit. XV. De emendatione propinquorum.—«A los parientes más cercanos concedemos la facultad de castigar á los menores, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, á fin de que la corrección sea pronta, ya que su conducta no merece la

(1) *Corpus juris civilis.*

aprobación doméstica. Empero no les concedemos la facultad ilimitada para corregir los vicios de los menores, sino la que basta para corregir con penas privadas el desliz del pariente como hacen los padres...» *In corregendi minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus protestatem, ut quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in inmensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum et privata animadversione compescat.*

Instituta, libro primero, tít. XXVI, párrafo 4.°—Los impúberes no pueden acusar á sus tutores de sospechosos, mas los púberes pueden hacerlo con respecto á sus curadores, *con consejo de sus parientes*, y así lo dispusieron los emperadores Severo y Antonino... *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessarium suspectos possunt arguere: et ita divi Severus et Antoninus rescripserum...*

Digesto libro vigésimoséptimo, tít. II, ley 1.ª, *párrafo* 2.°—Se suele determinar dónde se han de dar alimentos al pupilo mirando á la persona, á la condición y al tiempo; y el pretor se separa alguna vez de la voluntad del padre; finalmente, habiendo expresado uno en su testamento que el sustituto educase al hijo, respondió el Emperador Severo, que el pretor debía determinar *en presencia de los parientes*, de los descendientes, que se alimente y eduque lo que nazca sin sospecha alguna... *Et solet ex persona, ex condicione et ex tempore statuere: ubi potius alendus sei: et nonnunquam a voluntate patris recedit praetor, denique cum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educetor, imperator Severus rescripsit praetorem aestimare debere praesentibus ceteris propinquis liberorum; id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla malegna suspicione alatur partus et educetur...*

Digesto, libro cuarenta y dos, tít. IV, ley 5.ª, *pár.* 1.°—Debe constar que no se defiende el pupilo, y que lo sepa el pretor, para que permita la posesión de los bienes; debe constar en esta forma: el pretor ha de llamar á los tutores del pupilo para que le defiendan; y si no tuviese tutores, han de ser citados los *parientes* ó afines; y si acaso hubiese algunos que se crea que admitiran la defensa del pupilo ó de la pupila por parentesco, caridad ó alguna otra razón... *Evocandisunt ad Prætoreon tutores pupilli ut defendant; si autem non habet tutores, requirendi cognati vel adfines,*

et si qui alii forte sunt, quos verosimile est defensionem pupilli, pupillæ, non omissuros, vel propter necesitudinem, vel propter caritatem, vel qua alia ratione.

Hasta aquí la Edad Antigua. Derrúmbase el poder romano ante la fuerza avasalladora de los pueblos del Norte, que, á manera de avalancha, destruyen cuanto á su paso se opone, olvídase la cultura jurídica romana y rígense los nuevos Estados, ya por leyes dictadas por sus jefes, ya por la costumbre. Esta distinción obsérvase, sobre todo, en Francia, dividida, bajo este punto de vista, en países de derecho escrito y países de costumbre ó de derecho consuetudinario. En los segundos encuéntrase, durante el período citado, la institución del consejo de familia. Sin embargo, según afirma Oudot en su obra *Droit de famille*, con referencia á Aubry y Ran, la institución no era absolutamente desconocida en los países de Derecho escrito, en los que se convocaba también alguna vez el consejo, por ejemplo, para designar ante el Magistrado persona apta para el ejercicio de la tutela.

Constituíase el consejo *(Beaune; Droit coutumier français)* con parientes, y en su defecto, con vecinos del menor, en número de doce, á más de la persona que había solicitado su reunión, siendo preciso para la validez de las discusiones la asistencia, ya de seis parientes, según la costumbre de Berry, ya de cinco, conforme á la de Orleans.

Los países de Derecho escrito admitían las tres clases de tutela: legítima, tetamentaria y dativa, en tanto que los de Derecho consuetudinario, las costumbres, y especialmente la de París admitía una sola, la dativa, conferida por el Juez del domicilio del menor ó del

lugar donde estaban sitos sus bienes, ante la familia, convocada por el pariente más cercano. (*Malecot et Blin; Grecis de Droit feodal et coutumier, y Giraud; Precis de l'histoire du Droit français.*)

Algunas costumbres, como las de Reims, Chalons, Vitry, Amiens, Anjou, Auvernia y otras, autorizaban, sin embargo, al padre para designar por testamento un tutor á sus hijos; pero este nombramiento tenía que ser también confirmado por el Juez, de acuerdo con el consejo de familia.

El tutor necesitaba oir al consejo para la imposición de determinados castigos al menor (pérdida de libertad); conceder licencia para contraer matrimonio (ordenanza de Blois); venta ó gravamen de inmuebles (costumbres de Bretaña); venta de bienes hereditarios para pago de deudas (decretos de Lamoignon), y para entablar demandas ó apelar (costumbres de Bretaña). Debía también ser oído por el Juez antes de acordar la remoción de un tutor sospechoso, y podía oponerse á que la madre viuda que contrajese segundas nupcias perdiera la patria potestad, si estimaba que convenía así al menor.

La familia parece que fué también, conforme al Derecho consuetudinario primitivo, la encargada de proteger al incapacitado, hasta que, más tarde, inspirándose en el Derecho romano, se constituyó una verdadera curatela. La interdicción se declaraba por el Juez con el parecer del consejo, acuerdo que era también necesario, según la jurisprudencia de la Costumbre de París, para revocar la incapacidad del interdicto.

Así vivió el consejo de familia en Francia hasta la

ley de 24 de Agosto de 1790, por la que se creó un tribunal de familia arbitral, puesto que sus individuos, elegidos entre los parientes, vecinos y amigos de los interesados, resolvían en concepto de árbitros las cuestiones que surgían entre parientes y afines ó entre los menores y el tutor, viniendo por último á encontrar su reconocimiento legal y su morada en el Código de Napoleón, del que lo han copiado los de las demás naciones. No todas lo han admitido, sí los de Francia, Bélgica, Italia, Portugal y Holanda, no figurando en los de las Repúblicas hispano-americanas, influídos sin duda por la legislación de su madre patria.

Al hablar de la historia del consejo de familia en el período de la Edad Media nos hemos referido sólo á Francia. ¿Quiere decir esto que sea una institución originaria exclusivamente de dicho país? ¿No existen en el nuestro instituciones similares, ó al menos elementos ó precedentes de ella? Dentro del derecho civil común, no. Podrán encontrarse disposiciones que indiquen intervención de los parientes en diversos casos; pero el consejo de familia, con organización determinada, no figura en la legislación castellana hasta los tiempos modernos.

El Sr. García Goyena, en sus *Comentarios* al proyecto de 1851, analizando la ley 3.ª, tít. III, libro cuarto del Fuero Juzgo (texto latino) (1), y la 3.ª, título VII, libro tercero del Fuero Real (2), manifiesta que

(1) *Fuero Juzgo, libro cuarto, tit. III, ley* 3.ª... *tunc ab aliis parentibus in presentia judices eligatur...*

(2) *Fuero Real, libro tercero, tit. VII, ley* 3.ª—Si el padre muriere, é fijos del fincaren sin edad, la madre no casando, tome á ellos é á sus bienes si quisiere, é tengalos en su guarda fasta que sean de edad; é los bienes de los fijos, recibalos por escrito *ante los*

"cree entrever en ellas algunos rasgos informes y groseros del consejo de familia."

No es posible determinar de modo preciso si los textos citados por Goyena son prueba irrefutable de la existencia del consejo de familia; pero al menos, como decíamos en el tomo IV, en el comentario al título de la tutela, las palabras de dichas leyes pueden considerarse reflejo de una idea que germinara en la mente del legislador acerca del predominio que por derecho debe gozar la familia sobre el extraño en todo aquello que atañe á sus propias atribuciones, como la defensa y protección de uno de sus miembros componentes.

Dentro de la legislación común no se encuentran antecedentes del consejo hasta la época presente en la ley de consentimiento paterno de 20 de Junio de 1862 (1), que creó una junta de parientes para el efecto de otorgar la licencia en defecto de padres y abuelos, y en la ley de propiedad intelectual de 10 de Enero de 1879 y su Reglamento de 3 de Septiembre de 1880 (2), que estatuyeron el consejo de familia (á semejanza del proyecto de 1851) para los efectos del art. 44 de la ley.

---

parientes mas propinquos del muerto, y delante algunos de los Alcaldes: é si la madre se casare, no tenga más á los fijos, ni á sus bienes en guarda, y el *Alcalde con los parientes más propinquos del muerto*, den á ellos é á sus bienes á quien los tengan en guarda...

(1) Art. 4.° La Junta de parientes se compondrá: 1.° De los ascendientes del menor. 2.° De sus hermanos mayores de edad, y de los maridos de las hermanas, viviendo éstas. A falta de ascendientes, hermanos y maridos de hermanas, ó cuando sean menos de tres, se completará la Junta hasta el número de cuatro vocales con los parientes más allegados, varones y mayores de edad elegidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la del padre En igualdad de grado serán preferidos los parientes de más edad. El curador, aun cuando sea pariente, no se conceptuará en el número de los que han de formar la Junta.

(2) Art. 44 de la ley. No tendrá aplicación lo dispuesto en los

Para encontrar el consejo de familia dentro de nuestra España, debemos abandonar las llanuras de Castilla y trasladarnos á las montañas del Alto Aragón. Allí sí, encontramos en toda su plenitud al consejo de familia, «dónde el uso—dice Costa en su obra *Teoría del hecho jurídico individual y social*—ha generalizado de siglos esta institución, enlazada históricamente con el primitivo derecho gentilicio.»

Tratándose de una institución nacional, en cuanto se refiere á una región española, creémonos obligados á exponer algunas consideraciones acerca de la misma,

---

artículos 38, 39 y 40 cuando el autor que conserva la propiedad de la obra antes de que se cumplan los plazos que aquéllas fijan, manifieste en forma solemne su voluntad de que la obra no vea la luz pública.

Igual derecho, y ejercitado en la misma forma, corresponde al heredero, siempre que lo haga de acuerdo con un consejo de familia constituído de la manera que establece el Reglamento.

Reglamento.—Art. 46. Mientras las leyes civiles no organicen el consejo de familia á que se refiere el art. 44 de la ley, aquél se compondrá del Alcalde del domicilio del heredero y de los cuatro parientes varones más allegados de éste: dos de la línea paterna y dos de la materna, que estén avecindados en el mismo pueblo ó en otro que no diste más de seis leguas.

Art. 47. En igualdad de grados será preferido el pariente de más edad al más joven.

Art. 48. Cuando los parientes más cercanos del heredero estén avecindados en un pueblo que diste más de seis leguas del domicilio de aquél, los convocará el Alcalde; pero no les podrá compeler contra su voluntad á la aceptación del cargo de vocal del consejo de familia.

Art. 49. Si no hubiese suficiente número de parientes, ó éstos no se presentasen á aceptar este cargo, se completará el consejo con vecinos honrados que elegirá el Alcalde entre los que hayan sido amigos de los padres del heredero.

Art. 50. La reunión del consejo de familia se celebrará en la Casa Consistorial, y para deliberar bastará la mayoría de los concurrentes.

Art. 51. El Alcalde presidirá siempre el consejo de familia; tendrá en él voto consultivo y en caso de empate decisivo, y podrá delegar sus facultades en uno de los tenientes de Alcalde.

extractadas de la obra del citado escritor, *Derecho consuetudinario del Alto Aragón.*

El consejo de familia aragonés diferénciase bastante del establecido en el Código. La primera diferencia es en cuanto al origen. «En Aragón—expresa Costa—existe meramente por la costumbre; la voluntad de los contrayentes del matrimonio lo establecen en su estatuto doméstico, el ejemplo de los mayores y una experiencia secular lo sostienen, y para que las resoluciones de éste tengan fuerza de obligar, y el Estado le acuda como brazo ejecutor, caso de oposición, dan al establecimiento del consejo la forma de contrato y de última voluntad. Habiendo libertad absoluta en cuanto al modo de constituir el consejo doméstico altoaragonés, dicho se está que su composición no es uniforme.»

La forma más ordinaria del consejo es dos ó cuatro parientes consanguíneos; pero su composición es diversa y varia, según el género de funciones que es llamado á desempeñar.

Sus atribuciones (consagradas casi siempre en la capitulación matrimonial) son más extensas que las señaladas en el Código español y en los extranjeros que lo establecen; entiende en la tutela, aprobación ó desaprobación de las segundas ó ulteriores nupcias del cónyuge supérstite, prórroga del usufruto foral, pactos del nuevo matrimonio, y designación del hijo que ha de suceder en el señorío de la casa, cuando el jefe de la familia no ha dispuesto sobre este extremo; resolución de las cuestiones surgidas entre el nombrado sucesor y sus padres y hermanos, interpretación auténtica del heredamiento ó capitulaciones matrimoniales, y cum-

plimiento de todo lo piadoso en caso del fallecimiento.

En cuanto á la autoridad del consejo, «sus fallos—expresa Costa—son inapelables y no han menester confirmación judicial ni de ninguna otra autoridad. Si alguna vez asisten al consejo, es únicamente en calidad de árbitros ó terceros en discordia, y en ningún caso con carácter oficial, siempre por voluntad y espontáneo llamamiento de la parte interesada.»

El estudio histórico queda terminado; ahora corresponde entrar en el crítico. El consejo de familia ¿es institución basada en principios científicos y racionales? ¿Es útil y responde al fin para que se ha creado? El legislador español ¿ha debido establecerlo en el Código?

Para contestar á la primera pregunta contamos con la opinión del ilustre Ahrens y de los distinguidos escritores españoles Pedregal, Costa y Ripollés.

«La familia—dice Ahrens,—primer elemento de sociabilidad, no es solamente un círculo de derecho privado; es también un círculo de derecho público, y debe ser organizada como parte integrante del orden social, organización que se realiza principalmente por el consejo de familia...»

Costa, en su obra *Teoría del hecho jurídico individual y social*, expresa que «la institución, en su existencia misma, es esencial, responde á necesidades sentidas por la universalidad, y es una derivación necesaria del principio de familia...»

«La prudencia aconseja—expresa Pedregal—que en vez de encomendar á los Tribunales de justicia la facultad de conocer y decidir las cuestiones que sólo pueden hallar remedio en el seno de la confianza, de la

familia, sea ésta quien las conozca y decida. La familia, como el Estado, como el individuo, tiene sus fines propios, y debe tener, por consiguiente, los medios para satisfacerlos, entre los cuales medios figura en primer término la autonomía doméstica, el *self-government* de la familia.»

Ripollés, en su notable trabajo sobre el tema V del Congreso jurídico español, celebrado en Madrid (consejo de familia), ofrece un examen perfecto y una acabada defensa de éste, como puede verse por los párrafos que transcribimos: «El consejo de familia significa una institución en el orden civil del derecho, y un organismo en el orden jerárquico de los Tribunales de justicia. Tiene para lo primero algo de sustantivo y determinador; exige para lo segundo algo que es de la competencia actual del Poder judicial.»

«Es necesario acudir á una objeción que pudiera hacerse en primer término. El Estado no merma, por admitir el consejo de familia, sus prerrogativas y sus deberes. Para cumplir y hacer cumplir el Derecho, ha dispuesto el Estado de aquellos organismos que la ciencia ha entendido bastantes en determinado momento histórico, sin que la inflexibilidad del dogma haya impedido modificarlas, ensayando reformas y alterando procedimientos y jerarquías judiciales. Obsérvese, por el contrario, que la incesante labor del progreso ha sido bastante poderosa á conseguir que el Estado admitiese el elemento popular como manifestación viva de la justicia. En este sentido representa el Jurado, con sus varias clases y diferentes aplicaciones, como una participación en las atribuciones propias del poder que aplica el Derecho, obtenida á expensas de

la jurisdicción ordinaria, cuyos antiguos moldes quebranta.»

«El Jurado, que las leyes de Aguas promulgadas en los últimos años admiten y regulan, ha respondido, aunque limitado á las cuestiones de hecho, al principio de esa descentralización judicial, siendo á la vez una verdadera novedad importada en la ley común por el Derecho foral agrícola de algunas provincias. De todas suertes, es una concesión hecha por el Estado en nombre de los intereses materiales. La existencia de los Tribunales de Comercio, cuyo restablecimiento se solicita ahora con empeño, responde á exigencias de la vida especial de una clase de personas y asuntos, cuyo funcionamiento requiere, en el sentir de respetables tratadistas, organismos también especiales y propios para entender y decidir en sus contiendas. Será ó no un paso previo, á este respecto, la organización de las Cámaras de Comercio; pero es verdad que puede apreciarse como una institución intermedia entre el Estado y el elemento de vida industrial; desprendimiento parcial de la tutela del poder, en cosas ó intereses mudables, referidos á una clase, á la clase mercantil, en cuanto realiza fines económicos. Y en este orden de ideas no debe parecer impertinente recordar la plenitud de facultades que para su constitución y funcionamiento se concede á las Cámaras de Comercio, alejando de la jurisdicción ordinaria la competencia en conocer de sus peculiares intereses, mediante el principio del arbitraje. Y puesto que hacemos referencia á la institución de *los árbitros*, y á su tenor existe en las leyes procesales la libertad de resolver las contiendas de carácter civil por *amigables componedores*, justo es

apreciar estos hechos, como demostración de que el Estado se desprende más de una vez de su poder jurisdiccional, sin que se resientan las relaciones del Derecho público.»

«Todavía encuentra la observación, y puede apreciar la crítica, otras analogías y otros casos en demostración de esa verdad. Porque las teorías sobre establecimiento del Jurado en materia criminal, las de Tribunales internacionales para dirimir las contiendas entre las Naciones como personas jurídicas, las de Jurados mixtos de fabricantes y obreros, de capitalistas y trabajadores para tratar sobre diferencias y conflictos industriales, corroboran la tendencia, no bien apreciada en alguno de ellos, á reconocer la personalidad individual y de clases en el cumplimiento de fines propios del Estado.»

«Ahora bien: si los intereses materiales que representan, como nota saliente, la industria y el comercio y la agricultura; si el interés de la paz pública y la popularidad de la justicia permiten ese desprendimiento del poder en las seculares prerrogativas del Estado, para delegarlos en nuevos organismos, no bien depurados todos en las realidades de la experiencia, no ha de parecer irrespetuoso ni violento que, á nombre de los intereses morales de la más elevada esfera, todos permanentes y genuinamente sociales, como son los intereses de la familia, se reclame y obtenga del Estado el planteamiento de un Tribunal que entienda y decida sobre diferencias y cuestiones que, por el prestigio social, por el decoro de las costumbres y por la santidad del Derecho, no deben traspasar los límites del parentesco y las intimidades de la amistad. Por el contrario,

el Estado cumpliría entonces el *desiderátum* de la justicia creando Tribunales de *pares* conocedores de la razón *moral* de los fallos, que serían expresión verdadera de la conciencia de los juzgadores. Existe, en el primer grado de la escala judicial para la aplicación del Derecho, la que podríamos llamar *justicia municipal*, y todavía la opinión científica y la opinión popular reclaman para ella amplitud de jurisdicción y de atribuciones; pues de igual manera y con mayor lógica debe proclamarse la institución de una *justicia familiar*, que á las ventajas de proximidad de lugar, rapidez de tramitación y economía de gastos, reúna el prestigio del número y la garantía y sanción de los efectos naturales.»

No han faltado tampoco impugnadores del consejo de familia. De ello nos da un ejemplo el Congreso jurídico antes citado, donde los Sres. Figuerola y Linares Rivas combatieron su establecimiento en España.

Dicho sea sin la más leve intención de herir susceptibilidad alguna, encontramos los fundamentos que sirvieron para deducir tal opinión débiles en extremo, poco pertinentes y en todos conceptos inferiores á los alegados por los defensores del consejo. Para demostrarlo, transcribiremos dichos fundamentos de la Memoria suscrita por los citados.

Es el primero el de que «las legislaciones que cuentan con el consejo de familia no han dado el paso avanzadísimo establecido en la nuestra por ley de Matrimonio civil que confiere la patria potestad á las mujeres, patria potestad que aleja, en la mayoría de los casos, la necesidad de la tutela, la cual, por desgracia, sólo se hace indispensable cuando existen bienes de meno-

res, y son pocos cuando quedan huérfanos de familias pobres.» Estas palabras, aparte de no ser exactas en absoluto, no envuelven objeción alguna contra el consejo.

El Código francés (artículos 372, 381 y 384) concede la patria potestad á la madre viuda, á pesar de establecer el consejo de familia. El portugués consigna también esta institución, sin que sea obstáculo para ello el precepto del art. 139, de que «en caso de ausencia ú otro impedimento del padre, *llenará sus veces la madre*,» y el del art. 155, declarativo de que "disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, *el que sobreviva continuará* ejerciendo las funciones del poder paterno.» No menos claro se nos ofrece el Código italiano, en el que figura el consejo. Su art. 220 declara que «el hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar á sus padres. Está sometido á la autoridad de *los mismos* hasta su mayor edad ó emancipación. *Durante el matrimonio*, aquélla autoridad es ejercida por el padre, y *en su defecto, por la madre*. Disuelto el matrimonio, corresponde la patria potestad al *cónyuge supérstite*.» Vemos, pues, perfectamente demostrada (contra lo sostenido por los Sres. Linares Rivas y Figuerola) la coexistencia de la patria potestad de la madre y del consejo de familia en los Códigos que admiten ésta, coexistencia reinante también en el nuestro. Pero suponiendo que fuera cierto lo contrario, resulta que la afirmación que venimos refutando no es fundamento alguno en contra del consejo, es una simple manifestación. Que «la patria potestad de la madre—dicen—aleja en la mayoría de los casos la necesidad de la tutela, la cual por desgracia, sólo se hace indispensable

cuando existen bienes de menores, y son pocos cuando quedan huérfanos de familias pobres.» Esto es indudable; pero ¿qué tiene que ver con la bondad del consejo de familia? Lo que se ha de demostrar precisamente es si el consejo es ó no conveniente para los intereses del menor sujeto á tutela por muerte ó incapacidad de los padres. Cuando éstos existen y ejercen la patria potestad, su cariño es la mejor salvaguardia del hijo. Faltando ellos, es el caso en que hay que probar qué suplirá mejor la protección paterna: si la autoridad exclusiva del tutor, ó la vigilancia del consejo. Esta es la cuestión; por consiguiente, las palabras expuestas ni la resuelven ni suministran dato alguno para ello; sólo hacen exponerla.

Queriendo atacar ya de frente al consejo, consignan los distinguidos escritores á quienes nos venimos refiriendo que «la existencia de bienes de menores codiciados por los parientes conduce á la perpretación de los más grandes y más odiosos crímenes, que dan motivo á las declamaciones socialistas contra la herencia, convirtiéndose entonces la institución de amparo en cerco de enemigos, mientras que si los parientes son honrados y buenos, no se necesita el consejo de familia para amparar y proteger á los que se hallan en la menor edad.»

Tres distintas afirmaciones encierra el párrafo transcrito. La primera es la de que «la existencia de bienes de menores da lugar á la realización de crímenes por los parientes (no puede ser por otras personas según las palabras citadas), guiados por la codicia.» Dedúcese de aquí que, en opinión de los que alegan el argumento, la causa determinante de los crímenes es la existencia de los bienes. Ahora bien: ocúrrese á seguida

pensar que los bienes pueden existir lo mismo en el caso de que haya consejo de familia que en el de que no tenga vida esta institución; luego el *soi-dissant* razonamiento se destruye por sí, ó á lo más es un arma de dos filos que hiere por ambos lados y es aplicable por igual á un caso que al otro. Si los parientes se encuentran adornados de los sentimientos que expresan los Sres. Linares Rivas y Figuerola, es probable que pueda sufrir perjuicios el menor; pero, y con arreglo á su criterio, ¿no los puede experimentar? Existiendo el consejo, para que se realicen esos hechos odiosos es menester el concierto de todos sus individuos, del protutor y del tutor; cosa harto difícil, porque no es lógico suponer que entre varias personas no haya una honrada que use del derecho establecido en el art. 310 del Código. Ejerciendo su autoridad el tutor solo, sin intervención del consejo, los intereses del menor quedarán por completo al arbitrio de aquél. Si no es probo, ¿qué defensa tiene el menor? Ninguna. La autorización judicial no lo es, ó caso afirmativo, en grado escaso é insuficiente, como demostraremos, y no cabe otro recurso que exclamar, parodiando una frase célebre: «Dios salve al menor.»

Presentando la cuestión en el supuesto contrario, manifiestan los dos escritores que "si los parientes son honrados, no se necesita el consejo de familia para amparar y proteger á los que se hallan en la menor edad." ¿Por qué? preguntamos. ¿De dónde se deduce tal consecuencia? ¿Qué artículo de la ley de Enjuiciamiento civil autorizaba á los parientes del menor para velar por sus intereses é intervenir en la gestión del tutor? Ninguno. ¿De qué servía, pues, al menor que

sus parientes fuesen de conducta íntegra si la ley no les permitía usar de su honradez en favor de aquél? Ahora, establecido el consejo, es cuando únicamente pueden poner de manifiesto su afecto por el pupilo, coadyuvando á la buena administración del caudal cuando el tutor cumpla con fidelidad sus deberes, impidiendo sus abusos cuando intente cometerlos. Podrá el menor (ó el incapacitado) tener algunos enemigos dentro del consejo; es difícil que no tenga un vocal que no intente siquiera defenderle. Con uno solo que cuente á su favor, puede considerarse salvado; en cambio, no existiendo el consejo, el tutor es señor de las haciendas del menor, que están á su merced.

Nuestra opinión concuerda con la de García Goyena. «El huérfano gana—dice—porque, en vez de hallarse entregado exclusivamente á un tutor, está rodeado de un consejo de sus más próximos parientes que vigilen al tutor, y cuyo concurso será necesario en los actos más importantes de la tutela. La sencilla razón dicta que mirarán más por la persona y bienes del menor los que le tocan más de cerca por los vínculos de la sangre; y á lo piadoso y moral de esta presunción se agrega, respecto de los bienes, el interés que deben tener por su conservación y fomento los que generalmente han de tener mayores esperanzas de heredarlos. Es moral este pensamiento—continúa Goyena—porque lo es cuanto sigue el orden de los afectos ó sentimientos de la naturaleza y procura su desarrollo; es además político y social, porque conserva y aviva el espíritu de familia, alejando en lo posible y razonable la intervención judicial.»

Respecto al argumento de las escuelas socialistas,

no podemos menos de expresar que carece de base. Tales escuelas combaten la herencia porque, partiendo del principio de que el trabajo es la única fuente de propiedad, deducen como consecuencia lógica la injusticia de la herencia, que supone la adquisición de un capital por hecho ajeno al trabajo. Es, pues, indiferente al socialismo científico que los bienes hereditarios estén bajo la custodia del tutor ó bajo la del consejo de familia, porque lo que combaten es, no las personas que administran, sino lo que se administra, ó sea la herencia.

Como fundamento último en pro de su opinión, aseveran los Sres. Figuerola y Linares Rivas que «para la venta de bienes ó imposición de gravámenes en ellos, ofrece mayor y más efectiva garantía y resguardo la institución española ó forma de verificarse con intervención de los Tribunales, y es superior al consejo de familia.»

Aquí se hace una afirmación, pero no se demuestra su exactitud, que es precisamente lo que había que probar. Se dice que la intervención judicial ofrece mayor seguridad al menor que la del consejo de familia; pues bien: no basta decirlo, hay que justificarlo. Consecuentes nosotros con esta doctrina, por considerarla más ajustada á la lógica, trataremos de probar la ventaja del consejo de familia sobre la autorización del Juez en cuanto á la venta de los bienes del menor y á los actos de la tutela en general.

Es innegable la superioridad de la competencia técnica del Juez sobre la del consejo de familia, esto es, en cuanto al conocimiento del derecho; pero no se trata de esto. En la venta de bienes del menor no se discute

ni resuelve *un punto de derecho;* lo que se estudia y decide es una *cuestión de hecho,* la necesidad ó utilidad de la enajenación ó gravamen, y respecto de esto, no vacilamos en confesar que nos parece entidad que reúne mejores cualidades para su examen el consejo de familia.

La autorización la concedía, en efecto, el Juez; pero precedía á ella un expediente especial, un acto de jurisdicción voluntaria en el que el tutor debía probar la utilidad ó necesidad del acto para el que solicitaba la autorización. Es decir, que la prueba quedaba al arbitrio del tutor, consistiendo en la mayoría de los casos en la testifical mencionada en el art. 2.013 de la ley procesal civil. En resumen: que la autorización judicial descansaba en la justificación suministrada por el tutor, que es de suponer que si estaba animado de mala fe no la haría contraria á sus censurables deseos.

Cierto es que el tutor es quien debe también hacer constar la utilidad ó necesidad ante el consejo de familia; pero éste estudia directamente la existencia ó inexistencia de dichos requisitos y es quien en realidad determina una ú otra. El Juez otorga la autorización en vista de la justificación propuesta por el tutor; el consejo la acuerda como resultado de la información oral practicada por él. La autorización judicial supone el criterio de una sola persona; el acuerdo del consejo requiere la discusión entre varias personas. Reúne, pues, el consejo la ventaja inherente á todo Tribunal colegiado, ó sea, la de tener mayor probabilidad de acierto en su decisión.

Además, en cuanto al aspecto técnico del acuerdo,

el Código autoriza al consejo, en su art. 271, para oir el dictamen de peritos. De modo que el legislador ha obviado con acierto el defecto que pudiera alegarse.

Nuestra opinión es favorable al consejo de familia. El Poder judicial se ejerce por medio de órganos, representantes del Estado, en el que reside aquel poder. Nadie dudará que la mejor organización judicial sería aquella en la que existiese un órgano especial para cada uno de los diversos aspectos de la vida social, como constituiría el *desiderátum* de una acertada administración de justicia la existencia de un Tribunal para cada litigio ó delito. Esto es lo que supone la creación del consejo de familia: un tribunal para cada persona ó para varias, ligadas por vínculo legal.

Para resolver las cuestiones que puedan surgir dentro de la familia, establece el legislador una entidad. Es innegable que no teniendo otro fin que llenar, debiendo atender sólo al cuidado de una persona, y si son varias, unidas bajo un interés común, las cuestiones sometidas al mismo podrán ser resueltas con prontitud, cualidad indispensable para un buen régimen judicial. Lejos, pues, de suponer el consejo de familia una expropiación de las prerrogativas del Estado, representa un desenvolvimiento científico de sus funciones en el orden judicial.

El tutor, hay que confesarlo, nunca ha inspirado completa confianza al legislador. Lo demuestra el hecho de que para determinados actos al menos, ha exigido desde antiguo la aprobación del Juez. El legislador no ha querido ver en el tutor un rey absoluto, pero, por desgracia, resultaba así con la autorización judicial, puesto que ésta se fundaba en las pruebas su-

ministradas por el segundo. El consejo tiende á evitar el poder ilimitado del tutor y los abusos que por virtud de él pueda cometer, viniendo á ser lo que el Parlamento dentro del sistema constitucional. Es verdad que se nos dirá que si establecemos esta comparación, debemos expresar también que no todos los Parlamentos responden al fin que presidió á su creación; pero contestaremos que así como sirven para fiscalizar los actos del Gobierno ó del Rey, el consejo de familia, á semejanza de ellos, interviene en los actos más importantes de la tutela. Aun cuando ésta fuera la única ventaja del consejo, merecía ser establecido. Antes, la autoridad del Juez sólo se ejercía en la enajenación ó gravamen de bienes de menores y en las transacciones acerca de sus derechos, es decir, en el caso 5.° del art. 269 del Código; hoy, á causa del carácter especial del consejo, éste interviene en infinidad de casos. La protección que el Juez dispensaba al menor ó incapacitado era temporal; la que hoy goza con el consejo es permanente, puesto que, además de ser indispensable el acuerdo del consejo para la realización de los actos más importantes de la tutela, tiene como misión la vigilancia del tutor.

Alegarán los que combaten el consejo: hasta el presente habéis supuesto (dirigiéndose á nosotros) que el consejo está compuesto por personas honradas; ¿y si no sucede así? Para contestar á este razonamiento basta presentar su sinónimo: ¿y si el tutor es de mala fe? En igualdad de casos, preguntamos nosotros, ¿dónde existe mayor probabilidad de defensa para el sometido á tutela? Ya lo hemos expuesto en otro lugar y lo repetimos aquí. Es en extremo difícil que entre el tutor, el pro-

tutor y los vocales del consejo no haya una persona honrada, y con una sola es suficiente para proteger los intereses del menor ó incapacitado, puesto que, á tenor del art. 310, puede oponerse al acuerdo del consejo. Si, con arreglo á la anterior legislación, el tutor obraba de mala fe, ¿quién evitaba el mal? ¿Quién podía oponerse al fallo del Juez sino el tutor? En cambio, ahora, conforme al citado art. 310, pueden alzarse del acuerdo del consejo, no sólo el tutor, protutor ó vocal del consejo que haya disentido del acuerdo, sino cualquier pariente del menor ó incapacitado.

Ofrecen una mayor garantía del buen desempeño de su cargo aquellos que están sujetos á una responsabilidad fácil de exigir. Los Jueces tienen su responsabilidad establecida en el Código penal; la de los vocales del consejo figura en el art. 312 del civil. ¿Cuál será de éxito más probable? En tesis general, francamente, nos inclinamos á la segunda, la correspondiente al vocal del consejo.

No faltará tampoco quien, como fundamento en contra del consejo de familia, presentará vocales enriquecidos á expensas del menor ó incapacitado: desde ahora pueden señalarse también tutores que gozan de crecida fortuna, gracias al caudal del que estuvo sometido á su guarda. Además, si en el primer caso las personas que fueron vocales se lucraron en detrimento del menor ó incapacitado, sería gracias á la punible tolerancia ó complicidad del tutor, quien de seguro obtuvo la porción más sana del botín.

Si una institución es buena, pero, prevaliéndose de su cargo, los que desempeñan las funciones propias de ella, cometen abusos, parécenos lógico no suprimir

la institución, sino estudiar los medios para evitarlos. Como decíamos en el comentario del art. 135, contestando á los que impugnan el principio de la investigación de la paternidad por los abusos que, según ellos, ha ocasionado, y los pleitos escandalosos y fallos injustos que han sido pronunciados con tal motivo, «á nadie se le ha ocurrido pensar y sostener—exponíamos—que porque los encargados de aplicar las leyes hayan dictado un fallo injusto ó arbitrario en cuestiones de propiedad ó de posesión, por ejemplo, debe prohibirse la acción reivindicatoria y suprimirse los interdictos.» Esto mismo decimos del consejo de familia; porque los vocales de algún consejo procedan con malicia ó negligencia, no debe borrarse el consejo si como institución es aceptable. En tal supuesto, debería también haberse suprimido el cargo de tutor porque muchos han faltado á su leal cumplimiento, y también los Tribunales, puesto que ha habido Jueces y Magistrados que han olvidado su sagrada misión.

No nos batimos por el consejo sólo con teoría; nos defendemos también con hechos. En España existe el consejo en el Alto Aragón. Escuchemos la palabra de un distinguido escritor aragonés, que hemos citado con repetición en nuestro modesto trabajo.

«Se me ha asegurado—consigna Costa—que esta institución evita al país muchos pleitos y le ahorra muchos millones. Rara vez tienen que entender los Juzgados en litigio de familia, si se exceptúan los pleitos ejecutivos y las declaraciones de abintestato. No bien ocurre una dificultad ó una desavenencia, consultan la capitulación matrimonial: se encuentran con la necesidad de poner el asunto en manos de los parientes más

cercanos, quienes por lo común residen en poblaciones distintas; mientras se les convoca y acuden, han transcurrido algunos días, y los primeros hervores de la discusión se han enfriado; una vez reunidos, toman á empeño conciliar á las partes, y casi siempre logran impedir que la cuestión sea llevada á los Tribunales... Sucede aquí—añade Costa con gran oportunidad—lo que en los duelos: que casi nunca llegan á consumarse merced á la intervención de los padrinos.»

El legislador español ha admitido el consejo de familia. ¿Ha debido establecerlo en la forma en que figura? Nuestro Código ha seguido al Código francés y á los demás extranjeros que contienen el consejo; pero estableciendo algunas modificaciones en sentido progresivo, y apartándose también de los proyectos de 1851 y 1882.

El Código español limita la jurisdicción del consejo á la tutela, y señala reglas generales y fijas para su composición. En esto se amolda al criterio de los proyectos citados y á los Códigos de Francia, Bélgica é Italia; mas se aparta de todos en el extremo de haber proclamado la autonomía del consejo en cuanto á sus decisiones, estableciendo el *self-government* del mismo. El art. 200 del proyecto de 1851 concedía al Alcalde la presidencia del consejo. Los Códigos de Francia, Portugal é Italia consideran presidente nato al Juez. El español atribuye al consejo la facultad de elegirlo. Conforme al mismo proyecto (1851), el acuerdo del consejo necesitaba la confirmación del Tribunal de primera instancia. El proyecto de 1882, en su art. 236, no concedía efecto á la autorización del consejo para enajenar ó gravar bienes del menor sin la aprobación

del Tribunal. Igual precepto establece el art. 458 del Código francés y belga, y el italiano con carácter más general. El español no exige esta aprobación; sus acuerdos no necesitan ser confirmados, y el presidente tiene facultad por la ley para ejecutarlos. El consejo de familia constituye, pues, un verdadero Tribunal dentro de la tutela, con la más genuina representación del ministerio fiscal, ó sea el protutor.

Dentro de la tutela decimos, porque á esta esfera limita el Código la competencia del consejo. ¿Debe ampliarse ésta á otros órdenes de la familia? De esta opinión es el Sr. Costa: «Las desavenencias entre los cónyuges—expresa;—el punto delicado del divorcio; el nombramiento de herederos; las segundas nupcias; las discordias entre padres é hijos; la cuestión de dotes, adopciones, tutelas y emancipaciones, indemnización en caso de separación, y tantos otros problemas que reclaman con apremio incesante del legislador una solución, sin que el legislador pueda responder las más de las veces de otro modo que con remedios que agravan quizá la enfermedad, debieran ser otros tantos capítulos del título ó tratado sobre el consejo de familia.»

Ripollés, defensor entusiasta del consejo de familia, muéstrase también conforme con el criterio de Costa en términos que merecen copiarse para ser leídos y meditar sobre ellos. «Determinemos—dice—cuál debe ser la competencia del consejo de familia dentro de la secular jurisdicción ordinaria. La resolución de este extremo depende del concepto adquirido sobre la misión y los fines que á la familia correspondan entre los organismos sociales. Por nuestra parte, y teniendo presente los ecos de la tradición, las exigencias

de la filosofía del Derecho y los ejemplos vivos de una realidad que se impone, aceptamos sin reservas ni temores la solución más amplia y expansiva en este punto; pues revestir la familia de gran autoridad y prestigio sólo se consigue mediante la concesión de sus naturales atribuciones al consejo, que es, al fin, complemento y síntesis de la sociedad doméstica.»

«Partiendo de este criterio, creemos insuficiente el estrecho círculo que le concede el proyecto de Código civil de 1882, con ser un adelanto respecto del de 1851, y juzgamos indispensable romper esos moldes, forjados por la timidez y la desconfianza, excusables cuando no se han presenciado casos prácticos dignos de imitación y sancionados por los siglos. No se trata de un ensayo, sino de copiar textos fehacientes dentro de la nacionalidad española, toda vez que en las comarcas ya citadas de nuestro país, no es sólo el derecho de tutela, sino que son casi todas las relaciones de familia en su más amplia expresión, las que se llevan al conocimiento y acuerdo del consejo. Y si hay actos que no se comprenden en él, aun siendo menos transcendentales que algunos de los admitidos, es porque las leyes procesales modernas han contenido el movimiento en perjuicio de los intereses familiares y de las iniciativas individuales. De cuyo hecho precisa deducir una consideración importante para el planteamiento del consejo de familia.»

«Por lo general, las legislaciones llamadas forales, en cuanto al Derecho civil español, resplandecen por un gran espíritu de libertad y de confianza en las manifestaciones de los elementos que integran el derecho; es decir, para usar términos de escuela, que son más

individualistas que socialistas, según el concepto de la ciencia. En la constitución económica de la sociedad doméstica, en las disposiciones testamentarias, en la emancipación, en la contratación privada, en todas las relaciones fundamentales del Derecho, predomina la tendencia expansiva y armónica que caracteriza sus costumbres y su vida jurídica. Y sobre todo esto para esas legislaciónes es considerada la familia como un santuario jurídico, digno de veneración y de respeto. Así ha sido posible en Aragón el arraigo del consejo de familia, y así ha de ser el derecho positivo, aparte otras consideraciones, para que fructifique aquella institución esencialmente moralizadora.

»De todas suertes, el buen sentido aconseja ampliar la serie de actos y asuntos propios de la competencia del consejo de familia, desde el momento en que los autores de nuestros proyectos de codificación civil han entendido que podía y debía establecerse para conocer su beneficio y provecho de los menores de edad. Porque es bien extraño, por no decir irregular y anómalo, que se admita esa institución como *ensayo* aplicable á la tutela, donde entran los huérfanos, los locos ó dementes, los sordomudos que no sepan leer ni escribir, los pródigos y los que sufren la pena de interdicción civil, regulando cuanto afectar pueda á sus personas y á sus bienes, y no se admita para situaciones de derecho menos graves y transcendentales en el orden civil de relación, respecto de otras personas y de otras cosas. Sólo el prurito de inclinación inconsciente hacia instituciones exóticas, puede excusar esa contradicción flagrante y lastimosa. En cambio, se han preterido precedentes nacionales harto más elocuentes y

más científicos. Todavía es tiempo de rectificar errores y excusar censuras, haciendo un estudio más reflexivo de esta institución y de sus naturales aplicaciones.

»Para constituir un consejo de familia suficiente á vigorizar la personalidad de la familia misma, en bien del Estado y de la sociedad humana, es indispensable asignarle, por lo menos, las atribuciones que se indican á continuación. Desde las más sencillas diferencias hasta las más graves disensiones personales, nacidas á veces en genialidades de carácter entre los cónyuges y los hijos; desde la tutela hasta las transcendentales cuestiones que afectan á la existencia legal de la familia; desde ciertos actos que preceden á la celebración del matrimonio hasta la división de bienes por cualquiera de los motivos conocidos en el Derecho; todo ello, con sus incidentes y sus complicaciones y sus variados matices, en cuanto trascienda ó pueda afectar á la vida de relación jurídica familiar, todo cabe dentro de la competencia del consejo é interesa llevarlo á su conocimiento en el aspecto de queja, ó á su decisión cuando adquiera el carácter contencioso. Los conflictos conyugales, que pueden terminar en los escándalos del divorcio, reclaman, por regla de previsión, la influencia de los parientes y amigos; pero, sobre todo, la reclama esa serie interminable de expedientes que rodean la tentativa de separación ó son consecuencias de un fallo, conforme ó disconforme con la demanda. Otro tanto sucede en los casos de nulidad.

»Las relaciones de intereses son, por desgracia, aun tratándose de épocas menos positivistas, plantel abundante de rozamientos y desequilibrio de afectos en el seno de las familias, y es forzoso, por consejo de pru-

dencia, encomendar á tiempo su conocimiento y decisión á la amistad y al parentesco. Pero, en este punto, sobresale una materia que exige de modo imperioso la reforma de lo vigente. Es la relativa á los llamados juicios de testamentaría y de ab-intestato. Sobre sus graves consecuencias y lamentables efectos para la paz de las familias han dicho los tratadistas palabras de fuerte censura y de inusitada dureza. Sima de los caudales hereditarios, espanto de las familias y escándalo de la curia, son para muchos jurisconsultos desapasionados esos expedientes donde se liquidan por igual los patrimonios y los afectos. Lo cierto es que un comentarista célebre envidiaba á las provincias forales el que no conociesen tales procedimientos; y en efecto, las de Aragón, al menos, los rechazaron por instinto, á pesar de la ley de Enjuiciamiento y de los curiales castellanos. El hecho elocuente de que donde existe el consejo de familia no se conocen ni son necesarios tan alarmantes expedientes, justificaría por sí solo la utilidad y conveniencia de aquella institución y de someterlos á su competencia.»

Obedeciendo en su bien pensado trabajo á un plan verdaderamente científico, distingue el Sr. Ripollés entre el consejo de familia obligatorio y el voluntario. El primero para conocer necesariamente de los asuntos cuya competencia le señala: adopción, conservación de la patria potestad por el padre viudo que pasare á segundas nupcias, medidas de corrección por la conducta de los padres para con los hijos y viceversa, protección de los derechos de la mujer casada en los casos de mala administración, y nulidad de los actos otorgados por ella, autorización á la mujer para contraer obligación

solidaria con su marido, salir fiadora por él, donaciones entre cónyuges, interpretaciones de los contratos ó capitulaciones matrimoniales, desavenencias entre los cónyuges, depósito de los hijos que traten de contraer matrimonio contra el consejo de los padres y abuelos, administración de los bienes del ausente y sucesiones testamentarias y ab-intestatos, sin perjuicio de las atribuciones de la autoridad judicial respecto de los fallecidos fuera del domicilio legal ó de la residencia del consejo.

El segundo (voluntario) para entender, por voluntad de los particulares, en todos los casos y asuntos que sobre relaciones de derechos familiares consten por contrato matrimonial ó última voluntad y no se hallen prohibidos por la ley ó buenas costumbres.

La organización del consejo de familia expuesta por el jurisconsulto citado es indudablemente la que responde mejor al ideal de la ciencia y á las corrientes jurídicas modernas. Pero no era posible que la aceptase el legislador español, cuando se ha combatido tanto la institución y se mira aún por la generalidad, á qué negarlo, con recelo y desconfianza. Lo principal está hecho, el consejo de familia ha penetrado en España y fijado su domicilio en el Código español. Obra será del tiempo y de los hombres realizar, en la casa que habita, las mejoras necesarias para que su residencia en España sea definitiva y podamos otorgarle la correspondiente carta de naturaleza. No importa que el nuevo súbdito sea de extraña tierra: para la ciencia hay sólo una patria, la Humanidad, y, como dicen los Sres. Linares Rivas y Figuerola, "no es mengua para una Nación introducir los perfeccionamientos é inven-

ciones de otros pueblos, siempre que el legislador proceda con el discernimiento y cautela que tales adaptaciones requieren». Aceptemos, por consiguiente, el consejo de familia y hagamos votos para que no pueda ser impugnada la iniciativa del autor del Código.

SECCIÓN PRIMERA

De la formación del consejo de familia.

En armonía con su epígrafe, esta sección comprende los diversos particulares relativos á la formación del consejo, á saber: quiénes han de pedir ú ordenar su constitución; personas que pueden ó no formar parte de él ó excusarse del cargo, y autoridad competente para formar el consejo.

El Código (art. 293) impone al Juez municipal la obligación de ordenar la reunión del consejo, bien de oficio, bien á instancia del Ministerio fiscal, y declara un deber del tutor testamentario, de los parientes llamados á la tutela legítima ó al cargo de vocal del consejo, poner en conocimiento del Juez municipal el hecho originario de la tutela.

Por lo expuesto vemos que el Código aplica respecto de la formación del consejo un criterio parecido al que la ley de Enjuiciamiento civil emplea sobre la prevención del juicio de testamentaría. Éste debe prevenirse de oficio, cuando llegue á conocimiento del Juez el hecho que lo exige, como sucede en cuanto al consejo; puede incoarse también á instancia de parte legítima, como son, tocante al consejo, las personas mencionadas en el segundo párrafo del art. 293.

El legislador, convencido de la utilidad del consejo, quiere evitar, no ya que deje de reunirse, sino también que se dilate su reunión. Desea que establecido un precepto, éste se cumpla. De aquí que afirme la sanción de la responsabilidad de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al menor ó al incapacitado para los que, obligados por la ley á procurar la constitución del consejo, dejaren de hacerlo.

Tres principios ha consignado el Código como base para la determinación de las personas que han de componer el consejo: 1.°, la voluntad de los padres; 2.°, la comunidad de sangre, y 3.°, la amistad, principios que llevan la presunción del buen desempeño del cargo.

El legislador, guiado siempre por la idea de conseguir el más fiel y acertado cumplimiento del cargo de vocal, ha establecido un orden de prelación entre los principios citados. Así vemos (art. 294) que llama en primer término á las personas designadas por el padre ó la madre; en su defecto, á los parientes, y á falta de unos y otros, á los amigos. Dentro aún de esta prelación señala otra, puesto que entre los parientes, el de grado más próximo excluye al de más remoto, y en igualdad de grado, será preferido—conforme al artículo 294—el de más edad.

El legislador español ha obrado en este punto con arreglo á las más sanas reglas de la ciencia y de la observación. No es posible imaginar que persona alguna pueda tener cariño mayor para un individuo que sus padres; por eso la ley llama, en primer término, á los designados por uno de éstos, suponiendo que habrán tenido especial cuidado y particular esmero de elegir personas de intachable moralidad y de recono-

cida honradez. Además, la última voluntad hay que respetarla en todo lo referente á la ejecución de las disposiciones testamentarias.

No en todos los casos ha de constar la voluntad de los padres, y cuando esto suceda, el Código determina que el consejo se forme con los parientes del menor ó incapacitado, concediendo siempre la preferencia al más cercano. El precepto del legislador es en extremo laudable. Podrán existir hechos que lo desmientan, pero no cabe negar que el cariño se halla en razón directa de la proximidad del parentesco. A grado más próximo, presunción de afecto mayor y más desinteresado.

En igualdad de grado, es preferible el de mayor edad, disposición consignada como expresión de respeto, y establecida, sin duda, obedeciendo á la costumbre que rige en casi todos los casos en que hay igualdad de condiciones para un cargo, y á la presunción fundada de una mayor experiencia de la vida á medida del mayor número de años, necesaria, ó por lo menos conveniente, para el ejercicio del cargo de vocal.

No habiendo persona designada por el padre ó madre, ni parientes, ó no llegando á cinco, se formará el consejo ó se completará respectivamente el indicado número con personas honradas, prefiriendo á los amigos de los padres. La honradez es título suficiente para el desempeño de todo cargo, y no ha podido el legislador encontrar otro mejor, cuando no existiere el de nombramiento de los padres ó el de parentesco, sobre todo si va acompañado del de la amistad, expresión á las veces de afecto más verdadero y profundo que el producido por un parentesco lejano.

Comprendiendo el autor del Código que en algunos casos puede resultar un error en la formación del consejo de familia, causado inconscientemente, ya por virtud de desconocimiento de la existencia de un pariente más cercano que el nombrado, por ejemplo, ya por la designación de un extraño, omitiendo á un pariente, ó por otro motivo, concede al Juez en el art. 296 potestad para enmendar de plano por sí el error cometido, sin necesidad de que la subsanación revista carácter contencioso. Cuando aquél obedece á la mala fe ó causa perjuicio, entonces despréndese del precepto del citado artículo que tiene que declararse y enmendarse en el juicio correspondiente. La doctrina es lógica, puesto que se trata ya del interés de un tercero ó de la existencia de dolo, extremos que exigen la forma del juicio, bien para contender acerca del mejor derecho de los que reclaman, bien para castigar la malicia con que se haya obrado.

Relacionado íntimamente el cargo de vocal del consejo con el de tutor, era preciso proclamar, como lo hace el art. 298, la igualdad entre las causas de excusa, inhabilitación ó remoción de uno y otro. Aparte de esta identidad, el Código establece como causa particular de excusa, en el art. 279, la circunstancia de vivir los parientes á 30 kilómetros del Juzgado en que radique la tutela, si bien pueden aceptar el cargo; y, además, en el 299, la incompatibilidad del cargo de tutor ó protutor con la de vocal del consejo. Tienen una y otra (la causa de excusa y la de incompatibilidad) fundamento racional: la primera, la justicia de eximir del cargo al que por razón de la distancia le sería en extremo gravoso y perjudicial á sus intereses; la se-

gunda, el principio de que son antagónicos el carácter de tutor ó protutor y el de vocal, puesto que de asumir una persona las dos representaciones de tutor ó protutor de un menor ó incapacitado y vocal del consejo de familia para la tutela del mismo, vendría á ser juez y parte en todos aquellos actos para cuyo ejercicio es necesaria la autorización del consejo.

A imitación de los Códigos extranjeros, el nuestro (artículo 300) atribuye con acierto al Juez municipal la facultad de constituir el consejo de familia, el cual á su vez, ya formado, es el que constituye la tutela (artículo 301). Vemos aquí una verdadera generación. La tutela necesita una entidad que la constituya en forma, la ley señala como tal el consejo, organismo superior al tutor en la vida de la tutela. El consejo necesita á su vez quien le dé origen legal: el legislador declara esta función propia del Juez municipal.

Del consejo de familia de los hijos no legítimos trata el Código en el art. 302. Dentro de él, distingue entre los naturales y los demás ilegítimos; al de los segundos, dice que «se formará con el Fiscal, que será presidente, y cuatro vecinos honrados». Parece que el legislador goza del prurito de aumentar la desgracia que acompaña á esta clase de hijos desde su nacimiento. Precisamente, tratándose de los que por su condición necesitan más del auxilio de los parientes, no menciona á éstos ni les concede el derecho de formar parte del consejo. No se alegue que puesto que se trata de ilegítimos, no pueden existir parientes, puesto que el artículo tiene que referirse al ilegítimo reconocido, y cabe que existan. Mucho valen las palabras de la ley, pero vale más la razón. Por eso, contra las del párrafo

segundo del art. 302, no dudamos que ha de prevalecer la doctrina de que los parientes del ilegítimo, y si no se admite esto, los parientes de su padre ó madre, aquellas personas que tienen sangre de su sangre, podrán formar el consejo con preferencia á los vecinos honrados.

Aún hay personas de peor condición que los hijos ilegítimos reconocidos, y son los huérfanos acogidos en los establecimientos de Beneficencia. Sobre ellos ejerce su protección el Estado, correspondiendo al mismo, y por su delegación á la administración de cada Establecimiento conforme al art. 303, el ejercicio de las facultades propias del tutor y del consejo de familia.

ART. 293. Si el Ministerio público ó el Juez municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas á que se refiere el art. 200, pedirá el primero y ordenará el segundo, de oficio ó á excitación Fiscal, según los casos, la constitución del consejo de familia.

Están obligados á poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar á la tutela en el momento que lo supieren: el tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima, y los que por ley son Vocales del consejo, quedando responsables, si no lo hicieren, de la indemnización de daños y perjuicios.

El Juez municipal citará á las personas que deban formar el consejo de familia, haciéndoles saber el objeto de la reunión y el día, hora y sitio en que ha de tener lugar.

Concordancias.—Análogo á los artículos 176, 194, 197 y 199 del proyecto de Código de 1851, é igual al 259 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — Siendo el consejo de familia institución nueva en nuestro Derecho, carece de precedentes legales expresos, y por eso expondremos tan sclo los que constituyen su equivalente en la legislación anterior.

COMENTARIO.—La institución de la tutela lleva como inherente la del consejo de familia; cada una de ellas es el complemento de la otra. Para el ejercicio de la tutela plena es necesario la existencia del consejo, así como para la constitución de aquélla es indispensable la formación de éste. Por virtud de relación tan íntima, la causa que origina la tutela y la que da lugar también á la formación del consejo es la misma: la existencia de alguna de las personas comprendidas en el art. 200.

Expusimos ya en el comentario de este artículo la opinión de que el núm. 1.° del mismo, debía entenderse ampliado á otros varios casos, como el del párrafo 3.° del núm. 2.° del art. 73, referente al divorcio de los padres, y los de los artículos 168, 169, 170, 171 y 183. Aquí la repetimos para deducir de ella que en estos casos será necesaria también la formación del consejo de familia. Siempre que se hable de tutela hay que hablar imprescindiblemente de consejo de familia; éste es el antecedente de aquélla. El consejo de familia es el que ha de constituir la tutela, conforme á lo dispuesto en el art. 301; el consejo es el que ha de señalar la cuantía de la fianza que preste el tutor y hacer la calificación de la misma, según el 255; poner en posesión á los tutores, como ordena el 261, y por último, para la realización de los actos más importantes de la vida de la tutela, como son los determinados en el 269 y en el núm. 4.° del 275, precisa el acuerdo del citado consejo.

Hemos hablado del caso del art. 168 como uno de los que originan la tutela, y nos vamos á permitir examinarle en relación con el art. 63 para poner de manifiesto la contradicción existente entre la doctrina de ambos y desvanecer la duda que esa contradicción ofrece.

El art. 168 establece un principio, el de que la madre que pasa á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, con una excepción, la de que el marido haya ordenado expresamente en su testamento que en caso de que su mujer contrajere segundas nupcias, conservase la patria potestad. La re-

gla general es, por tanto, que pierde la patria potestad, regla confirmada por el art. 172 al declarar que si la madre viuda que ha pasado á segundas nupcias vuelve á enviudar, *recobrará desde este momento la patria potestad* sobre todos los hijos no emancipados. Los hijos del primer matrimonio necesitan quien los cuide y represente, y esta representación no puede ser otra que la del tutor, puesto que el objeto de la tutela es, como indica el artículo 199, la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes de los que, *no estando bajo la patria potestad*, son incapaces de gobernarse por sí mismos. La doctrina es evidente; el menor no emancipado necesita una representación, y ésta no puede ser otra que la de sus padres ó la del tutor. Cuando la primera no tiene lugar, nace fatalmente la segunda.

El art. 63 dice que podrá la mujer sin licencia del marido: 1.°, otorgar testamento, 2.°, *ejercer los derechos* y cumplir los deberes *que le correspondan respecto á los hijos legítimos* ó naturales reconocidos *que hubiese tenido de otro*, y respecto á los bienes de los mismos. Pero ¿cómo ejercer sobre sus hijos legítimos los derechos de patria potestad, si pierde ésta por el hecho de contraer segundas nupcias? ¿Implica el precepto del art. 63 la derogación del 168, y en su consecuencia no habrá que constituir la tutela? No. El art. 168 está terminante, así como el 171, y son los que rigen; el 63 es el que carece de eficacia en el caso tratado. El antagonismo entre ambos artículos es una nueva manifestación del defecto capital del Código español, ó sea la pugna de la doctrina de unos artículos con otros, á causa del escaso celo de los redactores de aquél. Éstos se encontraron con la doctrina del artículo 53 de la ley de Matrimonio civil, la consideraron aceptable y la transcribieron al 63 del Código, sin fijarse en la del 168 del mismo. El inconveniente hubiera sido salvado con sólo añadir al núm. 2.° del art. 63 el siguiente párrafo: «Lo dispuesto en el núm. 2.° del artículo, respecto de los hijos legítimos, no tendrá lugar en el caso de que no disfrute de la patria potestad, conforme al art. 168.»

Declarada obligatoria por el Código la formación del consejo de familia, era indispensable que proclamase también la solicitud de su constitución como un deber ineludible de aquellas personas que pueden tener en ello un interés, ya general, ya particular. Esto hace el artículo presente. Impone la obligación de pedir la

constitución del consejo al Ministerio fiscal, que por su carácter de representante de la ley debe interesarse en su cumplimiento; lo impone también de un modo indirecto á aquellas personas que por su parentesco con el causante de la tutela ó la relación jurídica que con él les liga, están interesados especialmente en la formación del consejo. Éstos son: el tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima y los vocales del consejo de familia. Aún va más allá el Código. El Juez municipal, sin necesidad de excitación fiscal ó de parte, puede ordenar *de oficio* la constitución por el mero hecho de tener conocimiento de que existe en el término de su jurisdicción cualquiera de las personas que deban estar sujetas á tutela. Tienen obligación de dar á conocer este hecho al Juez las personas antes mencionadas. Su deber se limita á esto; por eso decíamos que la obligación de pedir la constitución del consejo de familia era indirecta. Pero si el deber reviste este carácter, el derecho para solicitar la formación del consejo es expreso. El tutor testamentario, los parientes con aptitud para ejercer la tutela legítima ó el cargo de vocales del consejo tienen derecho para pedir la constitución de éste. Es más: entendemos que debe hacerse siempre así, esto es, poner en conocimiento del Juzgado el hecho que dé lugar á la tutela, designar las personas que han de formar el consejo y pedir al Juez que ordene su constitución.

El orden con que el artículo menciona á dichas personas ¿supone ó determina prelación entre ellas para los efectos del mismo? Con arreglo á los términos estrictos del artículo, no. Éste impone á determinados individuos una obligación bajo la responsabilidad de los daños y perjuicios que cause al menor ó incapacitado el no cumplimiento. Luego si la responsabilidad alcanza por igual á todos, no es temerario pensar que todos deberán apresurarse á observar el precepto de la ley, sin esperar á ver si los demás lo cumplen ó no. Atendiendo, no obstante, al carácter de las personas obligadas, es indudable que debe existir una prelación extra legal ó voluntaria, es decir, que cada una de ellas debe proceder en este punto conforme al orden marcado en el artículo. En otros términos: la preferencia en el cumplimiento de la obligación debe estar en razón directa de la enumeración de las personas. No es que la ley lo diga así; es que la condición de cada una de las personas lo exige. Así, el tutor testamentario es el que

en primer término debe poner en conocimiento del Juzgado el hecho causante de la tutela. Y esto es lógico; quien conoce el testamento debe saber también si en él se han designado las personas que han de componer el consejo. En su defecto, nadie mejor que las personas llamadas á la tutela legítima y las que por la ley tienen obligación de componer el consejo, y en último lugar los demás parientes, si supiesen que eran ellos los llamados á constituir el consejo por falta de los de grado más próximo, tanto legítimos como ilegítimos.

La cuestión es en extremo importante por las consecuencias que se desprenden de ella. Así, dado caso de que ninguna de las personas mencionadas en el art. 293 cumpla lo dispuesto en él, ¿alcanzará la responsabilidad por igual á todos? En términos más expresos: ¿de qué clase es ó qué carácter reúne la obligación contenida en el repetido art. 293? Llama éste á su cumplimiento á varias personas, sin establecer prelación entre las mismas. Todas y cada una de ellas tienen el deber de realizarlo indistintamente, cuando llegue á su conocimiento el hecho que origine la tutela, sin esperar á que las restantes la acepten ó no, ni poder excusarse con que existían otras llamadas á cumplirla con antelación á ellas. ¿Qué se deduce de esto? Infiérese que se trata de una obligación indivisible conforme á la doctrina del art. 1.151, puesto que no es susceptible de cumplimiento parcial. Consiste la obligación en el hecho de poner en conocimiento la causa que origina la tutela, hecho que no admite división. Por eso, ó se cumple en su totalidad ó deja de cumplirse. No sólo esto: la indivisibilidad es mancomunada, porque los obligados son varios; conviene, pues, ver lo que el Código dice acerca de las obligaciones de tal naturaleza.

El art. 1.150, ocupándose de ellos, declara lo siguiente: «La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios, desde que *cualquiera* de los deudores falta á su compromiso. Los deudores que hubiesen estado dispuestos á cumplir los suyos, no contribuirán á la indemnización con más cantidad que la correspondiente del precio de la cosa ó del servicio en que consistiese la obligación.» Estas palabras corroboran lo afirmado por nosotros. La obligación del art. 293 que estudiamos, es indivisible mancomunada, puesto que su falta de cumplimiento da lugar á la de daños y perjuicios. Y esta obliga-

ción, ¿qué carácter tiene? Mejor aún: cuando por no observar ninguna de las personas obligadas lo ordenado en el indicado artículo se trate de exigir la responsabilidad de daños y perjuicios, ¿podrá reclamar de uno la totalidad de éstos, ó deberá exigir la parte proporcional á cada uno? Nos inclinamos á lo primero. El art. 1.150 del Código establece la proporcionalidad en la indemnización respecto del deudor ó deudores que hayan tratado de cumplir su compromiso; luego cuando ninguno ha mostrado este deseo, cuando la obligación ha dejado de cumplirse por la omisión de todos, no ha lugar al prorateo, y cada uno viene sujeto al pago del completo de la indemnización, porque tanta culpa tiene él como sus co-deudores.

Existe otra razón poderosa. La obligación de indemnizar daños y perjuicios es subsidiaria de otra principal. Por consiguiente, el carácter que tenga ésta trasciende á aquélla. Es así que la principal presenta el de indivisible mancomunada, pues la que nace de ellas, la que es su consecuencia, ha de revestir el mismo. Por último, tenemos en nuestro apoyo la opinión del docto civilista D. Benito Gutiérrez, que en su obra *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español* (tomo IV), dice «que cuando deja de cumplirse una obligación indivisible, responden todos los deudores de los daños y perjuicios; y si fuesen de cantidad determinada, responden al pago de intereses. Al efecto, puede el acreedor dirigirse contra cualquiera de ellos, salvo el recurso del demandado á repetir contra los demás.»

Las personas de que habla el párrafo segundo del art. 293 son las que están *obligadas* á procurar que se constituya el consejo de familia; ¿tendrán, no la obligación, sino el *derecho* de pedir su formación, el acreedor ó acreedores de los padres del menor ó incapacitado? Nosotros no vacilaríamos, si tuviéramos como Jueces que resolver sobre ello, en acceder á la petición que se hiciera en este sentido. Quien tiene un derecho ha de poder usar de todos los medios y utilizar los diversos recursos contenidos en la ley, que conduzcan más ó menos directamente al cumplimiento y realización de aquél. Proceder de otro modo equivaldría á proteger y amparar la mala fe y el fraude, puesto que á eso conduciría la oposición ó negativa del juzgador al ejercicio de un derecho como trámite previo para la sanción de otro. Si una persona tiene un crédito contra otra, muere ésta y aquél debe

dirigir su acción contra los herederos del deudor, menores ó incapacitados; ¿no podrá pedir como acreedor que se forme el consejo de familia en el caso nada inverosímil de que los parientes del fallecido traten de prolongar la constitución de aquél para conseguir que, careciendo el menor ó incapacitado de representación legal, no se haga efectivo el crédito para librarse de las consecuencias inherentes á un pleito? Estimamos que la petición del acreedor es justa y digna de ser atendida, y su desestimación vendría sólo á favorecer á los que, animados de una mala fe manifiesta, tratasen de hacer de la ley una encubridora del dolo. ¿Por qué el Código español, á diferencia del francés, que menciona (art. 406) á los acreedores entre las personas que pueden pedir la convocación del consejo, calla sobre este particular? El silencio obedece indudablemente á la consideración de que el legislador no lo ha considerado necesario, atendido el precepto del párrafo primero del artículo. El Ministerio público (Fiscal municipal) tiene que pedir, y el Juez municipal ordenar, ya de oficio, ya á excitación de dicho Ministerio, la constitución del consejo; luego la sola manifestación, la simple denuncia, esta es la frase, que haga el acreedor, sin necesidad de indicar este carácter, del hecho que dé lugar á la tutela, bastará para conseguir el objeto, dada la obligación ineludible para el Juez municipal y Ministerio, del artículo que comentamos. La tutela es una institución de interés social, y la acción para constituirla de carácter público. Cualquier persona, en la plenitud de sus derechos civiles, podrá de consiguiente poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar á la tutela. Esta facultad, de índole general, no debía impedir el reconocimiento de la especial del acreedor que el Código ha omitido, porque no cabe comprender en igual caso la persona que usa aquél, movida por espíritu de mera justicia, con la que tiene interés directo y especial en la reunión del consejo como requisito indispensable para la efectividad de un derecho.

Una cuestión de importancia extrema, bajo el punto de vista procesal, interesa plantear: ¿qué Juez municipal será competente para constituir el consejo de familia? El artículo concede tal competencia al del lugar en que exista la persona que haya de estar sometida á tutela. Esta afirmación, aparte de lo poco técnico de sus términos, no es del todo exacta, ó mejor dicho, no es

aplicable igualmente á todos los casos. Tratándose del menor, entendemos que la facultad de constituir el consejo corresponderá al Juez del domicilio del padre ó de la madre cuya muerte, privación ó suspensión de la patria potestad, ocasionare la tutela. Sostenemos esto, de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 17 del artículo 63 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente en esta parte, puesto que el precepto del art. 293 del Código no puede considerarse como derogatorio del de la ley Procesal citada. Menciona el Código al Juez municipal del territorio en que exista el menor, porque ordinariamente residirá en el mismo lugar que sus padres; pero no siendo así, no puede haber otro Juez competente que el del padre ó de la madre. El menor no tiene domicilio propio y especial: el suyo es el de sus padres.

No es esta la única razón. Supongamos que con motivo de la muerte del padre se promueve un juicio de testamentaría ó ab-intestato, caso en el que es competente (art. 63, regla 5.ª) el Juez del domicilio del finado. ¿Cómo van á ser diversos los Juzgados que entiendan de cuestiones derivadas de un mismo hecho?

Un ejemplo servirá para demostrar gráficamente lo racional de nuestra opinión: un menor, cuyo padre viudo tiene su domicilio en Aranjuez, reside en Madrid á causa de seguir determinada carrera. El padre muere; ¿qué Juez será competente, el de Madrid ó el de Aranjuez? Según el art. 293, el primero; con arreglo á la ley especial sobre competencia y á la sana crítica, el segundo. No intente combatirse esto diciendo que pueda darse el caso de que no existan personas con que formar el consejo en el domicilio del padre ó madre, porque en primer término cabe que suceda lo mismo en el lugar de la residencia del menor, y en segundo, es más lógico encontrar parientes ó al menos amigos de los padres en el domicilio de éstos que no en el pueblo donde viva el hijo. Da fuerza también á la opinión sustentada por nosotros la consecuéncia que se deriva del art. 293, argumentando en sentido contrario. En efecto, si el Juez municipal del territorio en que exista una de las personas que deben estar sometidas á tutela es el competente para ordenar la constitución del consejo, no puede serlo el del domicilio del padre ó madre, porque dos Jueces no tienen competencia para conocer de un mismo asunto. ¿Y podrá ser esto cuando la familia y amigos han de encontrarse, pensando lógicamente, en el lugar de la residencia de los pa-

dres? Para nosotros, las atribuciones del Juez municipal del territorio en que exista algún menor, cuando sea distinto del domicilio de los padres, deben reducirse en todo caso á las señaladas en el art. 203: cuidar de su persona y bienes en el período de interinidad que transcurre entre el fallecimiento del padre ó madre y la constitución de la tutela.

Parece que desmiente lo sostenido por nosotros la definición del domicilio de las personas naturales dada por el art. 41: «el lugar de su residencia habitual, relacionada con el precepto del artículo 293;» pero ya hemos dicho que el menor no tiene domicilio; el suyo es el de sus padres.

Esta regla, ¿es invariable? No afirmamos ya esto. El caso mismo 17 del art. 63 dice que, en defecto del Juez del domicilio del padre últimamente fallecido, será competente el del domicilio del menor ó incapacitado, ó el de cualquier lugar que tuviere bienes inmuebles. ¿Cuándo adquirirán esta competencia? No encontramos motivo mejor fundado que el caso de que no existan parientes ó amigos de los padres en el domicilio de éstos y los haya en la residencia del menor ó donde poseyeren bienes inmuebles.

Nuestro criterio es el siguiente: deben gozar de preferencia para constituir el consejo de familia el Juez del domicilio del padre ó madre que haya fallecido en último término ó perdido la patria potestad; no habiendo parientes ni amigos en dicho domicilio, será competente el del territorio donde resida el menor ó el del lugar en que tuviere inmuebles, si los hubiere en alguno de éstos. Decimos del padre ó madre que haya fallecido últimamente, porque en este caso es cuando generalmente tiene lugar la tutela. Pero puede muy bien suceder que deba ésta constituirse aun en el supuesto de la muerte de uno de los padres, como sucederá cuando el otro cónyuge esté privado de la patria potestad ó suspenso en su ejercicio. En este caso será competente el Juez del domicilio del cónyuge fallecido, aunque viva el otro, pues éste legalmente no existe, puesto que carece de patria potestad.

Respecto del loco, demente, sordomudo ó pródigo, mayores de edad, como tienen domicilio propio, será competente el Juez del mismo. Aun en este caso, carecerá de aplicación la disposición vaga del art. 293 del Código. El incapacitado puede residir temporalmente en sitio distinto del que constituye su domicilio para

el efecto de recobrar su capacidad, y lo mismo el pródigo para restablecer su salud, por ejemplo, y, sin embargo, el Juez municipal del territorio donde se encuentren uno ú otro no gozará de competencia para formar el consejo, á pesar del precepto imperativo del citado art. 293, que impone al Juez el cumplimiento del mismo en términos categóricos y de suma urgencia. El Código ha debido, por consiguiente, decir (de querer expresar el precepto que contiene) «el Juez del domicilio,» sin emplear palabras tan ambiguas y fáciles de ser desmentidas. Es tanto más censurable esta laxitud, cuanto que imponiendo el art. 232 la responsabilidad de daños y perjuicios al Juez municipal que descuidare la reunión del consejo de familia en el caso de la tutela dativa, llevados los Jueces por la cualidad cuyo exceso prohibía Talleyrand á sus agentes en aquella famosa frase «sobre todo, nada de celo,» han de tratar de cumplir el precepto legal, sin detenerse á examinar su competencia, para evitar toda responsabilidad.

Tampoco se presenta la duda con relación al interdicto mayor de edad; por igual razón que respecto al incapacitado ó pródigo, será competente el Juez municipal de su domicilio. En este caso, existe una disposición legal confirmativa de esta afirmación: la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1889, que dice que «los Fiscales de las Audiencias, tan luego como fuere firme una sentencia en que se imponga la pena de interdicción civil á una persona que no estuviera sometida á la patria potestad ó ya sujeta á tutela, y á quien por ello deba darse tutor, ordenará al Fiscal municipal del *domicilio del reo* que promueva la formación del consejo de familia, á fin de que por éste se constituya la tutela que procediere, ya legítima, ya dativa, encargándole que le dé parte de estar constituída.»

Cabe que en el domicilio del sujeto á tutela exista más de un Juez municipal, y entonces la competencia entre ellos se determinará por el principio contenido en el párrafo segundo del art. 436 de la ley de Enjuiciamiento civil, de que «donde haya dos ó más, cada uno conocerá de los que correspondan á su distrito, conforme á las reglas establecidas en los artículos 62 y 63, con apelación al Juzgado de primera instancia del mismo distrito, en el que se repartirán entre sus escribanías.»

El consejo de familia es quien, conforme al art. 301, debe

constituir la tutela. La constitución tendrá lugar por ende, en el domicilio legal del consejo, ó sea en donde éste se hubiera formado, y por consiguiente, el del tutor será el del consejo. Proclamemos, pues, la unidad del domicilio, común al tutor y al consejo, como lo exige la índole de la tutela. El tutor y el consejo son dos personalidades (una individual, otra colectiva) diversas sí, pero no opuestas é indispensables ambas para el ejercicio de la tutela. Cada una de ellas necesita de la otra; su vida es, por decirlo así, mancomunada; luego esta mancomunidad ha de reflejarse en lo más esencial, como es en la unidad del lugar donde han de ejercer sus respectivas funciones. La tutela supone el desenvolvimiento uniforme y coetáneo de la actividad de las tres entidades, tutor, protutor y consejo, para el cumplimiento de un mismo fin; es una sociedad tácita para el cuidado de la persona y bienes del menor ó incapacitado; luego es indispensable un domicilio común, como lo es en el matrimonio, sociedad para el cuidado mutuo de los cónyuges.

Diráse contra esto que el nombrado tutor puede residir en lugar distinto de los vocales del consejo. En este caso, la ley despliega su fuerza coactiva. El cargo de tutor es de interés social, y hay que aceptarle. Su desempeño es obligatorio, salvo para aquellas personas que no fueren parientes del menor ó incapacitado, las cuales, con arreglo al art. 245, podrán excusarse de la tutela si en el territorio donde se constituya ésta, existieren parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquélla. En los demás casos será ineludible el ejercicio del cargo de tutor, teniendo que considerarse como domicilio, no el de la persona que lo desempeñe, sino el de la constitución del consejo. Nosotros entendemos que no hay domicilio del tutor, sino de la tutela, de cuya afirmación deducimos también que es por naturaleza invariable.

Las reglas de competencia fijadas en este comentario, ¿podrán ser modificadas en algún caso? No estimamos aventurado contestar afirmativamente. La modificación puede, según nosotros, reconocer dos causas: primera, la voluntad del padre ó madre; segunda, la voluntad de los interesados. Si el padre ó la madre en su testamento designan tutor y las personas que han de componer el consejo, y en atención á que residan todas ó la mayor parte de ellas en determinado lugar, distinto

del de su domicilio, expresa que el consejo ha de constituirse y la tutela ejercerse en aquél, claro es que deberá respetarse la disposición del testador, ya que no hay precepto prohibitivo de ella.

El segundo caso se ofrecerá, por ejemplo, cuando por virtud de la misma circunstancia acabada de indicar, ó por otra cualquiera, el tutor y los vocales del consejo acudan á un Juzgado distinto de el del domicilio del padre ó madre solicitando la reunión del consejo. Esto significaría una sumisión á dicho Juzgado que produciría el efecto de concederle la competencia para conocer de la petición hecha por los interesados. Cierto es que el art. 56 de la ley de Enjuiciamiento civil habla de pleitos, y la constitución del consejo no reúne esta condición; pero también lo es que figura en el libro primero, que contiene las disposiciones *comunes* á la jurisdicción contenciosa y á la voluntaria, y sobre todo, que si la sumisión puede tener lugar en los pleitos, con mucho mayor motivo ha de ser lícita en los actos de jurisdicción voluntaria (de cuya índole participa la constitución del consejo), en los que, como su nombre indica, la voluntad particular entra como elemento principal. En la jurisdicción contenciosa el rigorismo de la ley predomina sobre la voluntad de los litigantes; en la jurisdicción voluntaria tal rigorismo cede á la voluntad de las partes.

Hemos hablado siempre en el supuesto de que la persona para cuya tutela se constituya el consejo goce de nacionalidad española; conviene examinar el caso de que sea extranjera.

La ley que rige en este punto es la nacional de la persona de que se trate, el estatuto personal, afirmada en sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 6 de Noviembre de 1867, 13 de Enero y 12 de Mayo de 1885, 24 de Mayo de 1886 y 26 de Mayo de 1887 (véase tomo I), que declaran que «es regla general admitida por las naciones, con ligera excepción, que el estatuto personal, no mediando un tratado especial, debe regir todos los actos que se refieren en lo civil á la persona del extranjero, subordinándose á las leyes vigentes en el país de que es súbdito, y decidiéndose por él todas las cuestiones de aptitud, capacidad y derechos personales...»

Esto en cuanto á lo intrínseco; respecto á las solemnidades, habrá que atenerse al Derecho del país donde tenga lugar la constitución, siempre que no afecte á lo esencial.

Hay naciones que admiten el consejo de famila en sus Códigos (Austria, Francia, Bélgica, Italia, Holanda y Portugal); otras no lo admiten. Claro es que si un súbdito de éstas últimas, menor de edad ó incapacitado, muere en España, no habrá que proceder á la constitución del consejo, porque su ley personal no lo admite. Procederá, sí, constituir la tutela con arreglo al estatuto personal y á lo dispuesto en el Código de la nación á que pertenezca el sujeto de que se trate.

En el caso de un súbdito de nación que contenga en su legislación el consejo de familia, hay que distinguir dos circunstancias: que exista disposición testamentaria sobre el consejo; que no exista. En la primera, los Tribunales españoles ó el Juez municipal español podrá intervenir para el cumplimiento de la disposición testamentaria, es decir, para dar forma á esa voluntad (si la disposición ha de ser cumplida en España), puesto que en lo relativo al procedimiento rige el estatuto formal, la ley del país donde se encuentre la persona.

Este es el derecho general; pero hay que tener én cuenta el especial, ó sea el consignado en los tratados.

Alemania (*Convenio consular de* 12 *de Enero de* 1872, *art.* 11, *número* 8): Francia (*idem de* 7 *de Enero de* 1862, *art.* 20); Italia (*idem de* 28 *de Julio de* 1867, *ratificado por el tratado de comercio de* 22 *de Abril de* 1888, *art.* 17); Portugal (*idem de* 21 *de Febrero de* 1870, *art.* 19), establecen «que cuando un súbdito español fallezca en alguno de dichos países, ó un nacional de éstos en España, sin hacer testamento ni designar ejecutor testamentario, ó si los herederos forzosos ó instituídos en testamento fuesen menores ó se hallasen incapacitados ó ausentes, ó si los ejecutores testamentarios nombrados no se hallasen en el punto en que se incoe la testamentaría, en todos estos casos, los Cónsules generales, Cónsules ó Vicecónsules ó Agentes consulares de la nación del finado deberán proceder sumariamente, entre otras operaciones, á *organizar*, si ha lugar á ello, *la tutela ó curatela con arreglo á las leyes de su país.*»

Si, pues, tratándose de un súbdito de estas naciones existe alguna persona encargada de cumplir lo dispuesto en el testamento ó con derecho á pedir su cumplimiento, podrá solicitar éste de las Autoridades españolas (Juez municipal, en cuanto á la constitución del consejo), quien deberá atender en cuanto al de-

recho sustantivo (personas con derecho á formar parte del consejo), á la ley de la nación del menor ó incapaz, aplicando como adjetivo el español, ó sea en cuanto á la forma. Si no hay ninguna persona con aptitud para solicitar la sanción del testamento, entonces los Cónsules de la nación respectiva son los encargados de constituir la tutela, con sujeción á la ley de su país.

El mismo criterio es aplicable al caso del español en el extranjero. Si hay disposición testamentaria sobre el consejo y tutela, y se trata de un país en que admite el consejo de familia, si los individuos que han de componer éste residen en el territorio donde se encuentre el menor ó el incapacitado, las autoridades competentes de aquel país podrán formar el consejo á instancia de parte legítima, con arreglo á las solemnidades de su legislación. Si no existen personas encargadas del cumplimiento de la última voluntad, ó el país donde radica el menor ó incapacitado no acepta el consejo de familia, los Cónsules ó Agentes consulares españoles deberán constituir la tutela con arreglo al Código patrio.

En confirmación de lo dicho, mencionaremos un caso concerniente á España que cita Laurent en su obra *Derecho civil internacional*. «El convenio consular—dice—entre Francia y España de 18 de Marzo de 1862 declara que pertenece á los Cónsules español ó francés, en caso de muerte de un sujeto de una de las dos naciones en territorio de la otra, organizar, si ha lugar á ello (es decir, si no hay quien por testamento tenga facultad al efecto), la tutela ó curatela, conforme á las leyes del país respectivo. En virtud de este convenio—continúa Laurent,—el Cónsul de España en Argelia nombró un tutor y un curador *ad litem* á unos menores españoles en la división de la herencia con su madre. Habiendo muerto el tutor, un consejo de familia, reunido en Argel, procedió al nombramiento de nuevo tutor. La Corte de Casación (Tribunal Supremo) declaró que el acuerdo del consejo era nulo por haber nombrado un tutor contra lo dispuesto en un convenio internacional con fuerza de ley.» En la época á que se refiere esta resolución (1878) el consejo de familia no figuraba en la legislación española, y por esta causa no podía ser válido el nombramiento de hecho por una institución ó entidad no admitida en nuestra país, y lo mismo sucederá ahora en aquellos en que

el consejo no está dentro de su derecho. Pero en aquellos en que esté designado cabrá solicitar su reunión, si ha lugar á ello, ó sea si residen en él los que han de formarle y existe persona encargada por el testador para tal efecto; en otro caso, no.

En último término, si hubiere algún menor de nacionalidad legal desconocida, creemos que los Jueces municipales españoles podrán y deberán constituir la tutela (tutor, protutor y consejo de familia), porque, como dice Laurent, «si el contraer matrimonio es un derecho natural, lo es también para el menor el ser protegido.»

Derecho vigente.—*Civil.*—1.° *Constitución del consejo.*—La formación del consejo de familia tiene lugar siempre que precise la constitución de la tutela, puesto que para el ejercicio de ésta es indispensable el concurso de aquél.

2.° *Persona obligada á pedir la constitución del consejo.*—E Fiscal municipal.

3.° *Personas obligadas á poner en conocimiento del Juez municipal competente el hecho que da lugar á la tutela.*—El tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima, y los vocales también legítimos del consejo. Esta obligación alcanza por igual á todos, sin establecer distinción entre ellas, si bien el carácter de cada una de ella indica el orden con que deben cumplirla. Esto en cuanto á la obligación: respecto del derecho de poner en conocimiento del Juzgado el hecho causante de la tutela, es extensiva á toda persona que goce de la plenitud ó cuasiplenitud de sus derechos civiles (emancipada por cualquiera de las causas que el Código señala).

4.° *Personas que tienen derecho de pedir la constitución del consejo.*—Las mencionadas en el número anterior y los acreedores del padre ó madre del menor, ó del mismo incapacitado, pródigo ó interdicto.

5.° *Juez municipal competente para formar el consejo.*—El del domicilio del menor no emancipado, y en su defecto, el del lugar de residencia del mismo, si residieren en ellos los parientes ó amigos. Tratándose del incapacitado, pródigo ó interdicto, mayores de edad, el de su domicilio.

6.° *Consejo de familia para los extranjeros.*—La ley general que rige es el estatuto general, ó sea la ley del país del menor ó incapacitado, salvo lo dispuesto en los tratados.

Si hubiere lugar á la formación de un consejo de familia (y constitución de la tutela) para un extranjero dentro de España, se observará en cuanto al derecho sustantivo (capacidad para ser tutor, protutor ó vocal del consejo), la ley nacional de la persona de que se trate; respecto del adjetivo ó procesal, el español. Si se trata de un español en el extranjero, estas mismas reglas. (Apéndice núm. 4.° *Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de* 1889.)

ART. 294. El consejo de familia se compondrá de las personas que el padre, ó la madre en su caso, hubiesen designado en su testamento, y, en su defecto, de los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, cualquiera que sea su número. Si no llegaren á cinco, se completará este número con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna; y, si no los hubiere, ó no estuvieren obligados á formar parte del consejo, el Juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo á los amigos de los padres del menor ó incapacitado.

Si no hubiere ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, el Juez municipal constituirá el consejo con los cinco parientes varones más próximos del menor ó incapacitado, y cuando no hubiere parientes en todo ó en parte, los suplirá con personas honradas, prefiriendo siempre á los amigos de los padres.

Concordancias.—Análogo á los artículos 191 y 193 del proyecto de Código de 1851, é igual al 260 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 295. En igualdad de grado será preferido para el consejo de familia el pariente de más edad.

Concordancias.—Igual al art. 192 del proyecto de Código de 1851, é igual al 261 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 296. Los Tribunales podrán subsanar la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos anteriores, si no se debiere al dolo ni causare perjuicio á la persona ó bienes del sujeto á tutela, pero reparando el error cometido en la formación del consejo.

Concordancias.—Igual al art. 262 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 297. No podrán ser obligados á formar parte del consejo de familia los parientes del menor ó incapacitado llamados por la ley que no residieren dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radicase la tutela; pero serán Vocales del consejo si voluntariamente se prestan á aceptar el cargo, para lo cual debe citarles el Juez municipal.

Concordancias.—Análogo al art. 195 del proyecto de Código de 1851, é igual al 263 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 294, 295, 296 Y 297.—Tienen estos cuatro artículos un objeto común, cual es determinar las

personas que pueden formar parte del consejo de familia y la subsanación del defecto á que diere lugar la inobservancia de los preceptos legales referentes al primer extremo: de aquí la conveniencia y hasta la necesidad de es tudiarlos de consuno.

Comencemos por el 294. Menciona éste las personas que pueden componer el consejo de familia, derecho que reconoce dos orígenes: uno la voluntad particular; otro la declaración expresa de la ley. El autor del Código comprendió que nadie mejor que los padres podían designar las personas á las que quedase confiado después de su muerte el cuidado de sus hijos, como quiera que son las personas que por naturaleza han de experimentar mayor cariño por ellos, por es to en el art. 206 les confiere la facultad de nombrar tutor y protutor, y en el presente la de designar las personas que han de constituir el consejo de familia, ó sea en conjunto, y empleando un símil, la de construir todo el edificio de la tutela, ya que ésta, según el art. 201, requiere para su ejercicio la existencia coetánea del tutor, del protutor y del consejo.

El legislador se ha mostrado tan complaciente y respetuoso con la voluntad de los padres, que no les ha impuesto limitación alguna en número y calidad. Pueden designar las personas que quieran, sin sujeción á lo que sirve de fundamento principal para la constitución del consejo: el parentesco, los vínculos de la sangre.

No es esto error del Código: por el contrario, es de necesidad que sea así. Circunscribir la facultad de los padres, obligándoles á escoger las personas que habían de constituir el consejo entre determinado número y calidad de ellos, equivaldría á destruir esa misma facultad. El legislador, ó guarda confianza en la elección de los padres, ó desconfía de ella; en el primer caso, la libertad de elegir debe ser absoluta; en el segundo, debe negarla, pero no restringirla, porque la restricción implica en este caso la negativa del derecho. Además éste, en tal supuesto, no tendría razón de ser. El autor de la ley concede esa prerrogativa á los padres para que éstos examinen la conducta de sus parientes ó amigos, y decidan cuáles han de ser los que en su día velen por la persona y bienes de sus hijos huérfanos, designándoles en su testamento: si de este examen resulta que el padre ó la madre entiende que un amigo reúne mejores condiciones y supone mayor garantía que un pariente, ó entre éstos uno de grado más re-

moto sobre otro más próximo, ¿no sería absurdo que la ley le impidiese nombrar á dicha persona, obligándole á escoger *forzosamente* entre otras determinadas? Conceptuamos que lo sería, y á más de esto inconveniente para el mismo menor ó incapacitado, cuyo interés y beneficio es lo que debe siempre guiar al legislador. El precepto, pues, del Código autorizando á los padres para que designen en su testamento las personas que han de constituir después de su muerte el consejo de familia sin otras limitaciones que las marcadas por la ley, merece nuestra particular alabanza. Es una disposición genuinamente española, que no establecen los Códigos de Bélgica, Francia, Italia y Portugal.

¿Qué limitaciones podrán existir á la voluntad de los padres? Dos, ó mejor dicho, dos clases de limitación: una, por razón de la cualidad de las personas; otra, por el número de éstas que deben constituir por lo menos el consejo. En atención á la primera, los padres no deberán designar para ejercer el cargo de individuos del consejo á los que están inhabilitados para ello, según el art. 298, en relación con el 237; al tutor y al protutor conforme á lo dispuesto en el 299, y aun á los que pueden excusarse. Respecto de la segunda limitación, diremos que si bien la ley no señala máximun de los individuos del consejo, le impone indirectamente un mínimun, que es el de cinco. Aparte de que del artículo que comentamos, al consignar las palabras *si no llegaren á cinco*, parece referirse por su redacción gramatical, tanto al consejo de familia que denominamos testamentario, como al legítimo, puesto que atañen á las otras de *cualquiera que sea su número*, y éstas es indudable que conciernen por igual á las personas designadas por el padre ó madre y á los parientes que la ley llama en su defecto; teniendo en cuenta que por lo menos el número cinco es el grato al legislador, ya que lo ha establecido para un caso y es aplicable por analogía á los demás en que exista razón semejante, aun prescindiendo de estas consideraciones, confirma nuestra opinión el párrafo primero del art. 305, al decir que «el consejo de familia no podrá adoptar resolución sobre los puntos que le fueren sometidos, sin que estén presentes *por lo menos tres vocales*.» Con arreglo á este artículo, deben asistir á las reuniones del consejo *tres vocales al menos;* luego tiene que haber más de tres en todos los casos; ¿cuál debe ser este número? Los otros dos párrafos del mismo artículo nos lo indican:

«los acuerdos—expresa—se tomarán *siempre* por mayoría de votos. El voto del Presidente decidirá en caso de empate.» No pueden ser tres, primero, porque, como ya hemos visto, el artículo de que hablamos (el 305) exige que sean más; segundo, porque si fuesen sólo tres, más el Presidente, resultarían cuatro, y podría suceder que en muchos casos hubiese empate, sin llegar á constituir mayoría por dividirse en partes iguales los votos. El número, pues, indicado es el de cinco (es decir, cuatro vocales y el Presidente), número que reúne todas las ventajas; es el indispensable para que el consejo pueda tomar acuerdos y el suficiente para una deliberación, que ya con más individuos resultaría demasiado amplia y acaso perjudicial para los intereses del menor ó incapacitado. Nuestra opinión, y al mismo tiempo nuestro consejo, es que, conforme á lo dispuesto en los artículos 294 y 305, el número de personas que los padres designen en su testamento ha de ser siempre impar y nunca inferior á cinco, número éste que conceptuamos el preferible y conveniente.

La designación que hagan los padres, ¿tiene que ser pura, ó puede ser bajo condición? Esta cuestión la resolvemos afirmativamente respecto del tutor en el comentario del art. 206. El Código no impone otras limitaciones á la capacidad de los padres que las que se deriven de la ley. Ajustándose las condiciones que establezcan los padres á lo que el Código disponga, es decir, no infringiendo algún precepto de éste, siendo conformes á la moral, no vemos razón para considerar sin valor la designación del padre ó madre, hecha bajo condición. Sólo son nulos, según el artículo 4.°, los actos ejecutados contra ley; luego los que no vayan contra ésta, aunque no los determine expresamente, deben ser válidos. «El Codigo—decíamos en el comentario citado de los artículos 206, 207 y 208 *(véase tomo IV)*—no establece disposiciones prohibitivas de dicha facultad, y aquello que las leyes no prohiben, es lícito ejecutar.» Reproducimos esta consideración en el caso presente.

El fundamento de este derecho es la condición de padre ó madre: es un derecho inherente á la patria potestad. Esta afirmación induce á plantear la cuestión de si el citado derecho será propio exclusivamente de los padres de hijos legítimos, ó gozarán también de él los de los ilegítimos.

El artículo habla de padres, sin distinguir entre unos y otros;

pero el existir un artículo, el 302, dedicado especialmente á tratar del consejo de familia de los hijos naturales y demás ilegítimos, demuestra que el 294 se refiere sólo á los legítimos. ¿Quiere decir esto que los padres de hijos ilegítimos no disfrutan de tal derecho, dado el silencio del art. 302? En nuestro entender, cabe distinguir. Tratándose de padres de hijos naturales reconocidos, sí; respecto de los demás ilegítimos, nos vemos obligados á contestar dubitativamente. El padre ó la madre natural tienen la patria potestad sobre el hijo reconocido, que es, según hemos indicado, el fundamento de tal derecho. No es esto sólo: el Código concede á unos y otros (á los padres y á los hijos) derechos semejantes en cuanto á la calidad. Así, tanto los padres é hijos legítimos, como los padres é hijos naturales reconocidos, son herederos forzosos entre sí, aunque en cuantía distinta. Se diferenciarán, pues, en la cantidad que podrán percibir por virtud de su derecho, pero no en la calidad del mismo.

No acontece esto en los propiamente ilegítimos: los padres carecen de patria potestad sobre ellos, y no ostentan ninguno el carácter de herederos legítimos. A lo sumo, el art. 845 les otorga, por vía de gracia, no un derecho hereditario, sino un derecho á alimentos *mortis causa*. Bajo este punto de vista, la respuesta negativa se impone. Pero existen otras consideraciones en sentido contrario. El art. 206 concede á los padres de hijos ilegítimos, comprendidos en alguno de los casos del art. 140, el derecho de nombrarles tutor testamentario; luego si les otorga esta facultad, la principal para el ejercicio de la tutela, ¿no implica esto necesariamente la concesión de la accesoria de nombrar los individuos del consejo de familia? Es verdad que carecen de la patria potestad, pero gozan de la paternidad. No disfrutan del poder paterno por la ley humana, mas le tienen por la natural. Si un padreó una madre ilegítimo nombran heredero en su testamento al hijo y designan en él tutor y las personas que han de constituir el consejo de familia para la tutela de su referido hijo, ¿habrá algún Juez que declare ineficaz esta designación? Creemos que no. El Código callá, pero habla la razón y el derecho natural para decir que ante la voluntad de los padres, reflejo del cariño por sus hijos, deben posponerse todo género de consideraciones, cuando la ley, como sucede en el caso presente, no prohibe de manera terminante la expresión de esa voluntad.

Viene á corroborar esto la consideración de que cuando uno de los cónyuges se encuentre incapacitado, vale la designación que haga el cónyuge premuerto de las personas que han de constituir el consejo de familia para los menores, y lo mismo en el caso de que, aun viviendo ambos cónyuges, el citado consejo concierna á la tutela de un incapacitado mayor de edad. Probaremos nuestra afirmación con ejemplos. Supongamos el caso de que el marido es loco ó está sujeto á la pena de interdicción civil y muere la mujer, designando en su testamento los miembros del consejo de familia que han de auxiliar al tutor de sus hijos menores en el ejercicio de la tutela. La designación es válida indudablemente, porque no implica ninguna desmembración de los derechos del otro cónyuge, que no goza de la patria potestad por su condición jurídica de loco ó interdicto. El nombramiento es eficaz aquí, porque no existe patria potestad que hace imposible el ejercicio de la tutela.

Veamos el otro caso. Viviendo ambos cónyuges y un hijo mayor de edad, cae éste en la locura ó imbecilidad. El padre muere y designa en su testamento los miembros del consejo. La designación surtirá también sus efectos legales, porque la madre no tiene patria potestad sobre aquel hijo que está ya emancipado por la mayor edad. El nombramiento que haga el padre valdrá cuando sea para el caso de que la madre viuda pierda la patria potestad por contraer nuevas nupcias. De estos razonamientos deducimos dos conclusiones: primera, el derecho de designar en testamento las personas que han de constituir el consejo de familia (y lo mismo el de nombrar tutor testamentario) corresponde al cónyuge sobreviviente, siempre que disfrute de la patria potestad; segunda, tal derecho pertenece al cónyuge muerto primeramente cuando el supérstite no goce de la patria potestad, ya por su incapacidad, ya porque la persona para cuya tutela se nombra el consejo esté emancipada, ya, respecto de la madre viuda, por haberla perdido al contraer nuevo matrimonio.

El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión en el sentido indicado por nosotros en el caso de un doble nombramiento de curador testamentario. El padre en su testamento designó curador para sus hijos viviendo la madre. Ésta nombró otro curador, y la sentencia de 7 de Noviembre de 1882 declaró: «Que si bien es cierto que según las leyes 2.ª, 3.ª y 8.ª del tít. XVI de la Par-

tida 6.ª y artículos 64 y 65 de la ley de Matrimonio civil, los padres pueden nombrar guardadores á sus hijos ilegítimos no emancipados, correspondiendo también esta facultad á los abuelos y aun á los extraños que les instituyesen herederos ó hiciesen legados de importancia; esto se entiende en cuanto sea compatible con los derechos de patria potestad que el art. 164 de la ley de Matrimonio civil concede á la madre en defecto del padre; consiguientemente, aun cuando éste en el testamento haya dejado tutor ó curador á sus hijos, *puede la madre hacer también ese nombramiento cuando el padre falta, cuya designación, tan legítima como la primera, deberá ser preferida por ser posterior.*» Resuelve esta sentencia el caso presentado en el art. 206 (tomo IV) respecto de la preferencia de la doble designación de un tutor testamentario por el padre y la madre, y es aplicable á la de los individuos del consejo de familia, puesto que lo que afirma en puridad la sentencia es la igualdad de la madre sobreviviente respecto del padre en cuanto al ejercicio de los derechos de la patria potestad, ya sea uno de éstos el nombramiento de tutor, ya el de individuo del consejo de familia, pues lo contrario significaría, como hemos indicado, una restricción de la patria potestad, incompatible con su propia naturaleza. Igual criterio conceptuamos aplicable en el caso de hijos ilegítimos, cuando el padre y la madre los hayan reconocido (si el reconocimiento ha sido hecho por uno solo de ellos no hay cuestión). Si puede originarse duda en el caso de hijos legítimos porque la preeminencia que la ley concede al padre respecto de la madre, que aun en el punto que nos ocupa no es suficiente, como hemos expuesto, para arrebatar á ésta sus derechos, es imposible que la haya en el de los hijos naturales, en el que, como decíamos en el comentario del art. 167, cada uno de los padres tiene personalidad propia, con derechos peculiarísimos, sin ninguna dependencia entre sí. De consiguiente, muerto el padre que ha reconocido á un hijo natural, la madre entra en el ejercicio de la patria potestad y viceversa, correspondiendo al sobreviviente el derecho de que nos venimos ocupando por el mismo principio que rige tratándose de los legítimos, á saber: que mientras exista una persona que disfrute de la patria potestad sobre otra, no es dable disponer nada respecto de la tutela de ésta y del consejo de familia con el que ha de gobernar el tutor.

Siendo el derecho de designar las personas que han de formar el consejo de familia un derecho dimanado del ejercicio de la paternidad, ó sea de la patria potestad, parécenos lógico afirmar que se extinguirá cuando los padres sean privados de ella, ya total, ya parcialmente, en alguno de los casos comprendidos en los artículos 168 á 171. Así, cuando la madre viuda contraiga segundas nupcias, cuando por ser culpables ambos cónyuges se les prive de la patria potestad por sentencia firme de divorcio, ó cuando por darles mal ejemplo ó tratarles con dureza excesiva, sean privados ó suspendidos ambos ó el supérstite de la patria potestad, ó cuando á los dos, ó al sobreviviente, se les imponga como pena en causa criminal, no podrán, según nuestra opinión, hacer la designación del artículo, en tanto dure la privación de la patria potestad, y si la hacen deberá tenerse por no puesta. Quien por cualquier causa no pueda ejercer la patria potestad, carece de la facultad de usar de los derechos que constituyen ésta, uno de los cuales es el comprendido en el artículo. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede á los padres por virtud de su carácter, y su extinción ha de llevar consigo la de todos y cada uno de esos derechos. Por el contrario, recobrada la potestad gozarán de tal derecho, de lo que es ejemplo fehaciente el de la madre viuda que, habiendo pasado á segundas nupcias (art. 172), vuelve á enviudar.

La designación de las personas ha de hacerse, según dice el artículo, en testamento. En diversos casos pierde éste su fuerza y eficacia, y ocurre preguntar con este motivo si en tal supuesto perderá también su valor la designación de los individuos del futuro consejo de familia. No es posible responder de antemano á esta pregunta, debiendo, para el mejor examen de la duda, distinguir dos casos: el en que el testamento queda destruído por voluntad del particular, ó sea el de la *revocación* por otro posterior, y aquel en que la ley produce tal efecto al proclamar su nulidad.

En el primer caso, claro es que si el testador en su segundo testamento dispone algo sobre las personas que han de constituir el consejo de familia, contradiciendo lo consignado en el anterior, habrá de entenderse derogado éste por aquél, sobre el extremo que nos ocupa. La cuestión se ofrece cuando el testamento posterior guarde silencio sobre el particular de la forma-

ción del consejo de familia; ¿se entenderá éste revocado? Entendemos que no. El testamento es revocable en todo ó en parte, como declara el art. 738; de modo que cuando respecto de una parte del primero nada dice el segundo, hay que entender indefectiblemente que aquélla sigue subsistente. El testador, al otorgar su segundo ó posterior testamento, es precisamente con intención de que se considere variado el primero ó anterior por lo dispuesto en aquél; luego cuando no modifica una parte del primero hay que deducir lógicamente que no ha querido alterarla, puesto que pudo hacerlo y no lo hizo, y por el contrario, que su voluntad es que siga vigente, digámoslo así, al exceptuarla de la derogación verificada por su disposición última. La revocación no puede extenderse nunca á más de lo que expresa la voluntad del testador.

Examinemos el caso de la nulidad. Tiene lugar ésta, según el Código, por diversas causas, como son: violencia, dolo ó fraude (artículo 673); no haber observado las solemnidades en el capítulo de testamentos (art. 687); omisión de las formalidades especiales necesarias para el abierto ó cerrado (artículos 705 y 715). Existen además otros casos en que los testamentos pierden su fuerza legal, á saber: el otorgado en peligro inminente de muerte ó en tiempo de epidemia, que queda ineficaz pasados dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte ó cesado la epidemia (art. 703); el militar, que caduca á los cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña (artículo 719), y el otorgado en todo peligro próximo de acción de guerra, que queda ineficaz (art. 720) si el otorgante se salva del peligro en cuya consideración testó; el marítimo, abierto ó cerrado, que caduca también á los cuatro meses, contados desde el día en que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria (art. 722).

Aparte de estos casos, hay otros en que la disposición testamentaria no es válida por defecto de la persona instituída heredera. Así, el art. 750 declara nula toda disposición en favor de persona incierta, á menos que por algún evento pueda resultar cierta, y el 755 dice que será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se le disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta.

Expuestos estos diversos casos, preguntamos de nuevo: cuando tenga lugar alguno de ellos, ¿perderá su fuerza la designación

hecha por el padre ó la madre en su testamento de las personas que han de constituir el consejo de familia? Para responder hemos de distinguir. En el caso de la nulidad ó de la caducidad, entendemos que perderá su valor la expresada designación, porque lo que queda nulo ó caduco es el documento, el todo, y por ende, también la parte. La nulidad ó caducidad de un documento lleva consigo, por regla general, la de todas y cada una de las disposiciones en él contenidas, porque equivale á la inexistencia del mismo. Declarar nulo un instrumento es lo mismo que afirmar que no ha existido nunca. Considerarle caducado equivale también á expresar que no existe desde el instante en que caducó. Es la muerte legal del mismo. ¿Puede oponerse á esto que al hablar el Código de nulidad de testamento lo hace empleando esta palabra en sentido estricto, en el del art. 667, que define el testamento como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, para deducir que lo nulo será únicamente la disposición relativa á los bienes, no las demás? No estamos conformes con tal suposición. El Código emplea una verdadera sinécdoque. En todos sus artículos se refiere, no á la parte, ó sea al testamento, según la definición del citado art. 667, sino al todo; atañe, no al contenido, sino al continente. Para convencerse de ello pueden leerse el 669, que emplea la palabra *instrumento*, el 678, 688, 689, 706 y, en general, todos los concernientes á la autorización del testamento. Además, si, nulo el testamento, se abre la sucesión intestada, también debe constituirse el consejo de familia legítimo. Repetimos, por consiguiente, que será también ineficaz la designación de las personas que han de constituir el consejo hecho en un testamento que se declare nulo. Es una consecuencia injusta y desagradable á nuestro criterio, pero lógica y fatal.

No es aplicable este criterio tratándose de la no validez de la disposición testamentaria por incapacidad ó incertidumbre de la persona. En este caso, el vicio afecta sólo á una parte del instrumento; no puede extenderse, por tanto, á su totalidad. Será nulo en lo que tenga de defectuoso ó contra ley; en lo demás será válido. La ineficacia hay que circunscribirla en este caso á lo que la ley proclama nulo; no es posible ampliarla á lo que nada tiene que ver con ello. En el caso de la nulidad ó caducidad del testamento, el vicio comprende, como hemos dicho,

el todo, ó sea el documento, y por esto son nulas ó caducan las diversas partes de ese todo; en el de la no validez de la disposición testamentaria, la nulidad se refiere á una parte, única que debe y puede estimarse ineficaz, no las demás

No son estas consideraciones las que solamente demuestran la certeza de nuestra opinión. El Código viene en apoyo de las mismas con la doctrina consignada en su art. 764, que dice así: «*El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero* ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia *ó sea incapaz de heredar. En todos estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes*, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos » Es decir, que aun en el supuesto de que no haya institución de heredero, por ser incierta ó incapaz la persona, esto es, aun cuando una parte del testamento sea nula, son válidas las demás, ó sea las disposiciones contenidas en él, que también lo es, las cuales se cumplirán si están hechas con sujeción á la ley.

Con relación al caso discutido, existe otro precepto más directo y tal vez de única aplicación: el del art. 814. Dice éste que «la preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.» Habla, es verdad, sólo de mandas ó legados; mas tampoco declara nula otra cosa sino la institución de heredero, descubriendo así el espíritu del artículo, que es limitar á esto la nulidad. El artículo ha de entenderse, pues, en el sentido de que será nula sólo la institución de heredero; lo demás contenido en el mismo gozará de validez si se halla establecido conforme á derecho.

El art. 294, al consignar la facultad de que los padres puedan nombrar las personas que han de componer el consejo de fam lia necesario para el ejercicio de la tutela de sus hijos, menciona únicamente, como documento en que han de hacer la designación, el testamento. ¿Podrán hacerla también en cédula ó documento particular? Mejor dicho: ¿tendrá validez la efectuada en esta forma? El Código contiene un solo artículo sobre este particular, el 672, concebido en los siguientes términos: «Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador refiriéndose á cédulas ó papeles privados que

después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.» No dice nada el artículo del particular objeto de nuestro examen; pero del mismo se deriva nuestra opinión afirmativa. Si la ley da validez en este artículo á lo consignado en una memoria testamentaria respecto del punto principal de todo testamento, como es la institución de heredero, ¿por qué ha de negarla para lo que es secundario con relación á ésta, hasta el punto de no influir en la eficacia ó nulidad del documento? Si el Código autoriza lo más, ¿cómo ha de prohibir lo menos? Por otra parte, la memoria testamentaria con los requisitos que exige hoy el Código para su validez, puede considerarse como un nuevo testamento sobre la disposición que contenga, disposición cuya validez es innegable.

En defecto del consejo de familia testamentario, ó sea del constituído por designación del padre ó de la madre en su testamento, ó cuando en éste no se disponga nada sobre el consejo, ó se anule, viene el legítimo ó compuesto por las personas á quienes la ley menciona en el art. 294. No es igual el derecho de dichas personas; el Código establece preferencia entre ellas. Llama en primer término á los parientes del menor ó incapacitado, y si no los hubiera ocuparán su lugar los amigos del padre del sujeto á tutela. Laurent (tomo IV de su obra) explica con su natural sencillez y perfecta claridad el fundamento de la disposición del Código español, análoga á la del francés y del belga. «Los miembros del consejo—dice—deben ser parientes, porque el parentesco es una garantía de cariño, y con este afecto de la familia, como sobre la del tutor respecto de los huérfanos, cuenta la ley para el cumplimiento de funciones con frecuencia difíciles y siempre desagradables. Se añade otra razón: la de que estando llamados los parientes á suceder al menor, es justo que estén también obligados á velar por sus intereses. Esto es verdad en el sentido de que la tutela y el consejo de familia imponen una carga establecida en interés de la familia, y que por tanto debe pesar con preferencia sobre ella. Pero el derecho de sucesión no es el principio dominante. ¡Desgraciados los huérfanos—exclama—si los parientes no les cuidasen más que porque son sus herederos eventuales! El Juez que constituye el consejo llamará á éste, no á los parientes más interesados, sino á los más

afectuosos. En defecto de parientes, el Juez escogerá entre las personas que hayan tenido relaciones habituales de amistad con el padre ó la madre del menor. Esta disposición revela el espíritu de la ley. La tutela y las instituciones que con ella se relacionan son todas de afecto y de protección desinteresada.»

Tampoco es igual la aptitud de los parientes del menor ó incapacitado para ser miembro del consejo de familia. Unos gozan de tal derecho por virtud del grado de parentesco que les liga al sujeto á tutela, y son vocales natos, por decirlo así, del consejo; otros lo son sólo con carácter supletorio, esto es, cuando no existe ninguno ó el número suficiente de aquéllos. Compréndense entre los primeros los ascendientes, descendientes y hermanos varones, y los maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado. Éstos tienen derecho y están obligados á ser vocales del consejo, cualquiera que resulte el número de individuos de éste, y sin prelación alguna entre ellos. Los demás parientes se encuentran incluídos en la otra categoría, excluyendo el más próximo al de grado más remoto.

El parentesco necesario para formar parte del consejo ¿es sólo el legítimo? A primera vista parece que hay que contestar afirmativamente por tratarse de hijos legítimos; pero profundizando el caso precisa cambiar de opinión, porque muy bien puede suceder que todos los parientes (menos los hijos) sean naturales, y en este supuesto todos estarían excluídos del derecho concedido en el artículo, debiendo consiguientemente ser pospuestos á los amigos. Tal acontecería en el caso en que los padres tuviesen la calidad de hijos naturales, es decir, que no hubiesen nacido de matrimonio y no existiesen otros parientes que los abuelos y los tíos, ó sean los hermanos de los padres también naturales. ¿Habían de ser eliminados éstos y componerse el consejo de amigos? No lo entendemos así. El legislador busca en la formación del consejo de familia el cariño de sus miembros por el menor ó incapacitado como garantía de acierto y honradez en el cuidado de la persona y bienes de los mismos; y este cariño se halla (al menos ésta es la presunción más racional) en razón directa, no de la *clase* de parentesco, *sino* del grado de éste. A grado más próximo, afecto mayor: no cariño más ó menos profundo á parentesco de mejor ó peor condición legal. Quién es de presumir que quiera más á un menor ó incapacitado, y cuide mejor de su

persona ó bienes: ¿un abuelo natural ó un pariente legítimo en cuarto grado? No hace falta insertar la contestación. Al segundo le unirán con el sujeto á tutela vínculos legales más fuertes que al primero; pero éste se encuentra más íntimamente ligado con él por los lazos de la sangre, causa generadora del cariño, piedra angular del consejo de familia y baluarte único para la defensa del sujeto á tutela. No debe desdeñarse la fianza personal de la legitimidad; pero, en nuestro sentir, ofrece seguridad más evidente la hipoteca de la consanguinidad, aunque ésta sea natural; hipoteca sí, porque, salvo rarísimas excepciones, el cariño va unido á la sangre, como aquélla al inmueble que grava. Se juzgará temeraria nuestra opinión y se verá tal vez desatendida; pero la encontramos adaptada al principio que debe informar la constitución del consejo.

La duda, y acaso el error, nacen de la consideración de que refiriéndose el artículo á los hijos legítimos, parece que todos sus parientes han de serlo también, cuando, según hemos visto, puede no suceder así. Resalta más la procedencia de este razonamiento al manifestar que sería cierta dicha consideración, si en el caso de los hijos naturales, los parientes que pueden formar parte del consejo tuviesen exclusivamente tal calidad; mas tampoco tendrá lugar esto en todos los casos. Si los padres del hijo natural gozan de la filiación legítima y tienen hermanos; si el mismo menor tiene hermanos legítimos, ó el incapacitado hijos mayores de esta condición, ¿carecerán éstos de aptitud para ser individuos del consejo? Entendemos que no, porque lo contrario conduciría en muchas ocasiones al absurdo de quedar postergado el parentesco á la amistad. Además, el art. 294, al hablar de ascendientes, descendientes, y en general de parientes, no establece distinciones entre los legítimos y los ilegítimos, y es un principio jurídico, constitutivo de una regla de interpretación universal, que donde la ley no distingue no cabe tampoco distinguir.

Tienen derecho, y á la par están obligados á ser individuos del consejo de familia, por el mero hecho del grado de parentesco que les une al menor ó incapacitado, según hemos ya expuesto, los ascendientes, descendientes y hermanos del menor ó incapacitado, varones, y los maridos de las hermanas vivas de éste. Este precepto excluye por completo á las hembras. La ley

pospone aquí el cariño á la consideración social que goza la mujer, que si bien es superior á la que hasta ahora ha tenido, no ha llegado al extremo de proclamar la igualdad de los dos sexos.

Partiendo de la afirmación sentada por nosotros, por estimarla ajustada á la sana crítica, de que el parentesco natural no debe considerársele excluído de la constitución del consejo de familia, ninguna duda se ofrece respecto de los ascendientes y descendientes, caso este último que tendrá sólo lugar tratándose de la tutela del incapacitado. Decimos esto porque, si bien el artículo no lo declara, entendemos que al requisito de varón como indispensable para poseer la aptitud de miembro de un consejo, es preciso añadir el de haber cumplido veintitrés años, circunstancia que únicamente puede presentarse respecto del incapacitado mayor de edad. Un menor no ha de tener un hijo con capacidad para ser del consejo de familia.

Esta aseveración nos lleva por la mano á plantear otra cuestión. El emancipado, ya legalmente ó sea por el matrimonio, ya voluntariamente ó por concesión de los padres, y el habilitado de edad, menores de veintitrés años, ¿gozan de capacidad para ser individuos del consejo de familia? Entendemos que carecen de ella. La emancipación y la habilitación permiten que el emancipado y habilitado rija su persona y bienes libremente; pero sin tomar dinero á préstamo, gravar ni hipotecar bienes, ni comparecer en juicio sin el consentimiento del padre, madre ó tutor; luego parece antijurídico que la persona que carece de capacidad para ejecutar por sí determinados actos, la tenga para autorizar á otra para realizar esos mismos actos como miembro del consejo de familia. Quien no tiene facultad de contratar, por ejemplo, mucho menos ha de tenerla para dar su consentimiento á un individuo como requisito indispensable para que éste pueda obligarse.

Los hermanos son también por derecho propio—según el artículo — miembros del consejo de familia ¿A qué hermanos se refiere? ¿A los hermanos de doble vínculo ó á los de uno solo, ya consanguíneos, ya uterinos? La respuesta será atrevida y acaso inexacta; pero creemos que á todos. Dos razones hay para formular esta contestación: primera, que el Código no establece distinción entre unos y otros: segunda, que si por virtud del principio que sirve de fundamento para la constitución del consejo de familia, el cariño engendrado por la comunidad de sangre ó

de la procreación, no deben ser excluídos los parientes naturales, mucho menos han de serlo los que ostentan un parentesco legítimo. Será un parentesco menor que el de consanguinidad pura en la cantidad que tiene de legítimo: su cualidad es la misma. Uno y otro son iguales en cuanto á su esencia. Es tanto más admisible este criterio cuanto que de su aplicación no resulta perjuicio alguno para aquellos parientes llamados en término preferente á la constitución del consejo (ascendientes y descendientes), puesto que todos pueden formar parte de él sin que la inclusión de unos lleve consigo la exclusión de otros. El art. 211 les llama á la tutela legítima, y si bien establece un orden entre ellos, es porque no puede haber más que un tutor, lo contrario que en el consejo, que pueden serlo todos á un tiempo. Respecto de los que figuran en segundo término ó como suplentes, esta es la frase, no cabe ninguna duda que los hermanos, de cualquier condición que sean, han de gozar de preferencia sobre ellos por la proximidad del parentesco, que en unión del mayor número de años (artículo 295) constituyen los únicos títulos para la prelación del derecho á ser miembros del consejo. Hay un caso, sin embargo, en que precisará determinar la prelación, á saber: cuando por muerte, inhabilitación ó excusa de alguna de las personas designadas por el padre ó la madre haya que completar el número con los parientes del menor ó incapacitado. Entonces, el orden de los llamamientos será el que determina el artículo al enumerar á los parientes, con la prelación de la mayor edad.

El Código no limita la entrada en el consejo de familia á los parientes de linaje legítimo y natural; abre las puertas del mismo al de afinidad, representado por los maridos de las hermanas del menor ó incapacitado. Los maridos, sí, tienen facultad para tomar parte en el consejo de familia: pero, fijándose bien, se observa que no la tienen por su propio derecho, sino por representación de sus esposas, hermanas del sometido á tutela. Éstas son á quienes indirectamente concede la ley el derecho. Por esto mismo sólo lo obtienen los maridos de las hermanas *vivas*, es decir, que vivan en el momento de la constitución del consejo ó en el que sean llamados al cargo; por ejemplo, cuando formado el consejo haya que designar otro vocal en sustitución del fallecido y corresponda serlo al marido de la hermana del menor ó incapacitado.

¿Comprende á las diversas clases de hermanas? Consignado que alcanza á todos los hermanos, no hay razón para dejar de aplicar igual principio á las hermanas. Así, pues, en el caso de la constitución del consejo de familia legítimo, los maridos de todas, sean legítimas ó naturales, podrán formar parte de él, ya que el Código no limita su número. Cuando, una vez formado el consejo, se trate únicamente de ocupar el puesto vacante por la muerte, excusa ó remoción de uno ó varios vocales, surge la necesidad de establecer un orden en el sentido de preferir el legítimo al ilegítimo, y dentro del primero el de doble al de simple vínculo, y entre éstos el consanguíneo al uterino.

Los maridos de las hermanas *vivas* del menor ó incapacitado, se lee en el artículo. ¿Qué significa esta palabra *vivas?* Ya hemos dicho que se refiere, según nuestra interpretación, al momento de la constitución del consejo, ó al en que el marido sea llamado al consejo, puesto que es indudable que el artículo atañe á dicha época. ¿Significa también que muerta la hermana del menor ó incapacitado se extingue la facultad del marido de aquélla? La cuestión es muy dudosa; mas en la necesidad de dar una opinión, nos inclinamos á la afirmativa. Verdad es que hallándose una persona desempeñando un cargo para el que tenía capacidad en el instante que fué elegido, parece duro despojarle del mismo cuando continúa con la misma aptitud; pero no hay que perder de vista el carácter con que él marido entra en el consejo de familia para la tutela del hermano de su esposa El marido es vocal del consejo, no por sí, sino por representación de su esposa; por la falta de capacidad de la mujer casada para comparecer en los actos civiles; por la calidad que tiene el marido de representante de su mujer. La prueba de esto se halla en la siguiente consideración. Si el Código español hubiera franqueado á la mujer la entrada en el consejo, hubiera nombrado á la hermana, no á su marido. Luego si éste viene al consejo representando á su esposa, en atención á la imposibilidad de ésta de formar parte del consejo, muerta la esposa cesa el marido de asumir la responsabilidad jurídica de su mujer. Fallecido el representado, queda extinguida la representación, como muerto el mandante se acaba el mandato.

El proyecto de 1851 no contenía esta duda, puesto que consignaba en su art. 191 estas palabras: *mientras éstas (las hermanas) vivan.* La ley de 20 de Julio de 1862 sobre consentimiento

para contraer matrimonio, al expresar en el art. 4.° las personas que habían de constituir la junta de parientes, decía también en el núm. 1.°: «los maridos de las hermanas, *viviendo éstas*.» Infiérese de estos dos textos que la idea del legislador español ha sido conceder el derecho al marido de la hermana sólo mientras ésta viva, en armonía con su fundamento (del derecho).

Hasta aquí hemos tratado del caso en que no surge colisión alguna, jurídicamente hablando, entre los parientes designados en términos preferentes como obligados á formar parte del consejo de familia (ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas), porque nos hemos ocupado del legítimo, ó sea del que se instituye en defecto del testamentario. En este caso, no cabe colisión ni pugna de derechos, porque todos conjuntamente pueden ser individuos del consejo. Bien claro lo expresa el artículo cuando dice que éste (el consejo) se compondrá de los citados parientes, *cualquiera que sea su número* La cuestión se ofrece en el supuesto de que el padre, ó en su caso la madre, hayan designado determinado número de personas, y de éstas, llegado el momento de la constitución del consejo, no existan, sean inhábiles ó puedan excusarse algunas. Por ejemplo: el padre designa en su testamento como individuos del consejo de familia nueve personas. De éstas han muerto dos ó son inhábiles para ejercer el cargo en la época de la formación del consejo. ¿Se constituirá éste con los siete restantes ó deberán elegirse dos en sustitución de aquéllas, hasta completar el número de nueve? Si en el testamento se indica expresamente ó se deduce con claridad que la voluntad del otorgante es que el consejo se componga de un número fijo de individuos, se puede afirmar que debe procederse á la designación, porque en todas las cuestiones relacionadas con las disposiciones testamentarias, la ley suprema es la voluntad del testador. Asalta la duda en el supuesto de que el testamento no diga nada, ni de él se infiera con evidencia cuál fué el propósito del padre ó de la madre, que será el caso más probable, cuando, v. gr., diga éste: designo como individuos del consejo de familia para mis hijos... á D. R, C, D, E y F. En este caso, es nuestra opinión que el consejo se podrá constituir con los que tengan aptitud para ello, de entre los nombrados por el padre ó la madre. Nos fundamos para formularla, en la razón de que entonces la voluntad de los padres es que sean individuos del consejo las perso-

nas designadas en su testamento, exclusivamente éstas, no otras, por la confianza que sin duda inspiraban al padre ó la madre. La duda la entendemos resuelta en esta forma: si del testamento se desprende la intención del testador de que el consejo de familia ha de constar de determinado número de personas, no hay más que respetar y cumplir esa intención; cuando el testamento aparezca encerrado en silencio sobre el particular, designando sólo á las personas, entonces los sobrevivientes con capacidad deben formarle, porque la voluntad presunta del testador es que lo sean únicamente las mencionadas por él, para lo cual ha tenido en cuenta, no tanto el número como la condición de las mismas. En todo caso será preciso, de acuerdo con lo expuesto en este mismo comentario, que el número sea impar y nunca inferior á cinco.

Hechas estas consideraciones, dirijamos la vista atrás y estudiemos la cuestión, para cuya solución han sido consignadas dichas consideraciones, ó sea qué parientes han de ser preferidos entre los que la ley llama en primer lugar á la constitución del consejo de familia legítimo, cuando sea necesario completar el número de los individuos del testamentario. Presentemos el caso, nada raro, de que el padre dispuso en su testamento que el consejo de familia se compusiera de siete miembros y ha muerto uno, ó no designó número, pero nombró cinco personas, y una de ellas carece de capacidad para el cargo: supongamos que en esta situación existen dos parientes del incapacitado de los mencionados en el párrafo primero del artículo, un hijo natural, mayor de edad (descendiente), y un hermano legítimo, ¿quién gozará de mejor derecho ó cuál de los dos estará obligado con prelación al otro á formar parte del consejo? La cuestión no es de mera teoría, es de un valor esencialmente práctico, puesto que habrá casos en que un pariente de determinada clase ó grado, queriendo eludir las molestias del cargo, alegará su parentesco como base de la excusa, y otros, en que por razones de cariño ó de interés querrá hacer valer su preferente derecho, fundado en la misma causa que servía de motivo á aquél para rechazar la designación ó el nombramiento. Nuestro criterio ya lo hemos expuesto en otra parte de este comentario y lo repetimos aquí: debe ser preferido el hijo, aun cuando sea natural. El consejo de familia deberá constituirse con las personas que tengan más ca-

riño al menor ó al incapacitado, y el grado de afección hemos expuesto, y no nos cansaremos de repetirlo, se halla en razón directa de el del parentesco. A grado más próximo de éste, mayor grado de cariño: será ésta una presunción desmentida por los hechos en alguna ocasión, pero es una presunción de derecho, cuya certidumbre abonan la razón y el buen sentido jurídico. No es este el único fundamento en pro de la opinión sustentada; el Código suministra acaso los principales. Al enumerar el art. 294 las personas que, en defecto de las designadas por el padre ó la madre, han de componer el consejo, las enumera por este orden: «ascendientes, descendientes, hermanos varones y maridos de las hermanas», y si bien no expresa un orden de prelación en el caso en que sean todos llamados conjuntamente al consejo legítimo, ó sea cuando no exista el testamentario, no puede menos de constituirlo cuando haya que elegir entre ellos para completar éste. La lógica aconseja, y la costumbre lo ha sancionado hasta ahora, que cuando un derecho ó una obligación reconozca como fundamento el parentesco, sea llamado respectivamente á su goce ó á su cumplimiento, sin distinguir entre la clase de parentesco, siempre, como sucede en el caso presente, que la ley no distinga. El artículo habla de ascendientes, descendientes y hermanos, sin especificar su condición legal.

El Código contiene aún preceptos más explícitos en nuestro favor. Hablando del supuesto de que los ascendientes, descendientes, hermanos varones y maridos de las hermanas, no llegaren á cinco, expresa que se completará este número con los *parientes varones más próximos* de ambas líneas, es decir que funda la preferencia en la proximidad del parentesco. Es verdad que se trata de otros parientes, no de los que nos ocupamos; pero si existe igual razón (parentesco), debe aplicar igual derecho. Corrobora esto el art. 295 al consignar que, en igualdad de *grado*, será preferido el de más edad. Ahora bien: como cada generación es un grado, y la proximidad del parentesco—según el art. 915—se determina por el número de generaciones, resulta que conforme á este artículo, el principio que sirve de norma para la prelación es la mencionada proximidad. Por esto, el hijo natural que dista un grado de su padre incapaz, en la línea directa, será preferido al hermano legítimo que dista dos y que figura en la colateral. Por último, no hay que olvidar, y es un dato intere-

sante, que el Código concede el concepto de herederos forzosos por testamento á los ascendientes y descendientes naturales, calidad de que no gozan los colaterales legítimos, también pospuestos á los primeros en la sucesión legítima. Si la ley considera preferente el parentesco natural de la línea recta sobre el colateral legítimo en el caso de la herencia, por estimar á aquél, sin duda, más próximo al tronco que éste, con mayor motivo ha de serlo tratándose del consejo de familia, donde debe imperar como capital principio la comunidad de sangre manifestada en la proximidad de parentesco.

No intente oponerse á esto la consideración de que aceptar lo sostenido por nosotros valdría tanto como admitir la familia natural, que el Código no establece, puesto que en dos casos importantísimos da cabida, si no á la citada familia, á las consecuencias de la misma. Tales son: el de la herencia, acabado de exponer, y el del matrimonio (art. 84), en el que la consanguinidad y afinidad natural directa en toda la línea, y la colateral, hasta el segundo grado, constituyen un impedimento para la celebración de aquél.

Cuestión mas difícil que la anterior es la relativa al caso de dos personas del mismo grado y distinto parentesco, por ejemplo: un abuelo legítimo y otro natural; dos hermanos, uno de doble vínculo y otro uterino, ó uno legítimo y otro natural. Estudiando superficialmente el caso, parece que da resuelta la cuestión el artículo 295 al declarar que en igualdad de grado será preferido el pariente de más edad, mas en nuestro entender, este principio no es tan absoluto como parece. El artículo dice esto refiriéndose sólo al parentesco legítimo, porque no se ha previsto el caso de que pudiera encontrarse frente á frente con el natural. Cuando esto tenga lugar, ó cuando en el legítimo se presenten dos individuos, uno de pura ó doble consanguinidad, y otro de consanguinidad simple (igual padre) ó uterino (igual madre), deberá preferirse, en virtud del principio que sirve de base al consejo de familia, el de más sangre común al de menos. Así el hermano (doble vínculo) excluirá al consanguíneo y éste al uterino y todos éstos al natural, que no lleva tampoco más que media sangre (padre ó madre). Hablamos del hijo natural habido por uno de los cónyuges (antes de casarse) con persona distinta del otro, no del tenido con el que después fué cónyuge, puesto que, en tal caso, como existe matrimonio no sería hijo natural, sino legí-

timado por subsiguiente matr mon'o. Lo mismo en el caso de concurrencia de un abuelo legítimo y otro natural. Si ambos fuesen hijos de unos mismos padres tendrían que ser los dos legítimos, y entonces no habría caso. Regirá entonces el precepto del artículo 211 que determina, en su caso cuarto, el orden expuesto por nosotros para los efectos de la tutela legítima, disposición aplicable al caso del consejo por analogía, dada asimismo la intimidad que reina entre lo referente á esta institución y á la de la tutela, complemento una de otra.

La mayor edad será, sí, causa determinante de preferencia en igualdad de grado y de parentesco; en igualdad de grado y diversidad de parentesco, el legítimo se antepondrá al natural, y dentro del legítimo el de doble al de simple vínculo. Así, de dos abuelos legítimos será llamado el de más edad, y entre tres hermanos, uno de doble vínculo, otro uterino y un tercero natural, el primero excluirá al segundo, y éste al último.

Si los ascendientes, descendientes varones, hermanos y maridos de las hermanas no llegaren á *cinco*, se completará este número—dice el artículo—con los parientes varones *más próximos* de ambas líneas paterna y materna. Aplicables son á estos parientes las consideraciones expuestas anteriormente respecto de los demás. La ley llama á los de ambas líneas con la única prelación de la proximidad del grado (sin distinguir entre legítimos ó naturales) y dentro de un mismo grado y parentesco la mayor edad. Y á la verdad que si parece no debe existir esa distinción tratándose de los parientes más próximos, menos puede establecerse con relación á los remotos. ¿Por qué un hermano natural del padre del menor ó del incapaz, ó sea tío de éste, que ocupa el tercer grado de la línea colateral, ha de ser pospuesto al primo hermano legítimo que figura en cuarto? La legitimidad demostrará cumplimiento más exacto de la ley; mas no supone mayor cariño y afecto que el parentesco natural. Aquellas cualidades no tienen otros progenitores que la comunidad de sangre y la proximidad de grado.

En último término, y en defecto del consejo de familia testamentario ó legítimo, viene el dativo, ó sea el constituído por el Juez municipal. Tal sucederá en el caso comprendido en el párrafo último del art. 294 cuando no hubiere ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, en el que el Juez

constituirá el consejo con los *cinco* parientes varones *más próximos* del menor ó incapacitado, y no habiéndolos en todo ó en parte, los suplirá con personas honradas, prefiriendo siempre los amigos de los padres del menor ó incapacitado.

Poco tenemos que decir de los parientes por haberlo consignado en párrafos anteriores. Sabido es que el más próximo, ya legítimo, ya ilegítimo, excluirá al más remoto, ó sea á desigualdad de parentesco y grado, preferencia de éste, y á igualdad de ambos, preferencia de edad.

El artículo menciona también á los amigos: ¿quiénes pueden recibir esta denominación? El Código no lo indica; debemos acudir á otras fuentes. El Diccionario de la Academia define la palabra amigo: «que tiene amistad,» y ésta «afecto puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato.» Las Partidas se ocupan de este particular en el título XXVII de la 4.ª, que lleva por epígrafe «del debdo que han los omes entre sí por razon de amistad;» pero no determinan el concepto de amigo. Sólo la ley 4.ª del citado título, al exponer las clases de amistad, dice que: «la segunda es la que home a con su amigo por vso de luengo tiempo por bondad que a en él;» y añade: «e la segunda manera de amistad es mas noble que la primera (de natura), porque puede ser entre dos omes que hayan bonda en sí; e por ende es mejor que la otra, porque esta nasce de bondad tan solamente, e la otra de debdo de natura.» El Derecho romano nos ofrece una definición concreta de la palabra amigos en el Digesto, libro cincuenta, tít. XVI, ley 223, párrafo 1.º, que dice así: «*Amicos apellare debemus, non levi notitia conjunctos; sed quibus fuerint jura cum patres familias honestis familiaritatis quæ sita rationibus.*» ó sea: «Debemos llamar amigos, no a los unidos por conocimiento ligero ó superficial, sino á los que estuvieren ligados con los padres de familia por causa de honesta amistad, es decir, por trato íntimo y estrecho.»

El concepto jurídico en que puede estimarse que el Código emplea el vocablo amigos, armonizando las definiciones expuestas, es el de personas ligadas con los padres por vínculos de afecto profundo y desinteresado. Por eso deberán considerarse como requisitos determinantes de la preferencia entre los amigos la antigüedad de la amistad y las pruebas de desinterés Éste (el desinterés) cabe apreciarlo como condición indispensable de

la amistad propiamente tal, rasgo distintivo que era la base, con acertado criterio, de la legislación de Partidas, cuando, hablando de las diversas maneras ó clases de amistad, decía, con sencillo y elegante lenguaje, que «la tercera (la que a ome con otro por algun pró ó por algun placer que a dél ó espera haber) non es verdadera amistad, porque aquel que ama al otro por su pró ó por placer que espera haber del, luego quel haya el desfallesca la pró ó el placer que espera haber del amigo, desatase por ende la amistad que era entrellos, porque non habia rayz de bondad.»

Nos hemos ocupado en las anteriores líneas de la composición del consejo de familia, partiendo del supuesto de la unidad del mismo. Conviene estudiar si en algún caso dejará de existir esa unidad por virtud del mismo hecho que dé lugar a la tutela, esto es, si por la muerte del padre ó madre deberán constituirse dos consejos en vez de uno. Aludimos con esto al caso de que haya hijos de dos ó más matrimonios, y trataremos cada uno de los que puedan presentarse.

Caso de la mujer viuda con hijos que haya contraído nuevas nupcias. Como, con arreglo al art. 168, pierde la patria potestad sobre sus hijos, y éstos seran sometidos á tutela, claro es que habrá que constituir un consejo. Ocurrido, pues, á un mismo tiempo el fallecimiento de la madre y el de su segundo ó posterior conyuge en un incendio, naufragio ó descarrilamiento (caso en el que la cuestión existe, pues en otro la madre viuda volvería á recobrar la potestad, con arreglo al 171), deberá constituirse un consejo para los hijos del último matrimonio, continuando los del anterior con el consejo reunido desde el momento de las segundas nupcias. Aquí, por lo menos, nos encontramos con un consejo doble.

Supongamos que la madre viuda que se ha casado conserva la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio por haberlo dispuesto así el cónyuge premuerto en su testamento. Si muere antes que su nuevo esposo, la cuestión se resuelve como en el caso anterior. Como quiera que los menores del primer matrimonio no están bajo la potestad de su padrastro, caerán en tutela, formándose el consejo de familia con los parientes de sus padres. De modo que cuando muera el segundo esposo de su madre habrá que formar otro consejo para los hijos del segundo matrimonio con los parientes de éstos. Ejemplos de los casos

expuestos: *A*, mujer, viuda de *B*, del que tiene vários hijos menores, se casa de nuevo con *C*, naciendo de este matrimonio otros hijos. Si *A* (la viuda) pierde la patria potestad, que será lo más frecuente, la constitución de la tutela de los hijos de su primer enlace tendrá lugar desde el instante de su casamiento, y el consejo de familia se formará con los parientes de *A* y de *B*. Si *A* conserva la patria potestad por concesión expresa de su cónyuge difunto, pero muere antes que *C*, los hijos de *A* y de *B* no seguirán bajo la potestad de *C* (segundo cónyuge), sino que serán sometidos á tutela ejercida bajo la vigilancia de los parientes de los padres, ó sea de *A* y de *B*. En ambos casos, la regla es la misma; existe sólo diferencia en el momento en que se constituye la tutela y el consejo, que en uno es el del matrimonio y en el otro el de la muerte del cónyuge binubo. Ahora bien: llegado el instante de la muerte de *C*, segundo esposo de *A*, deberá constituirse la tutela para los hijos del matrimonio (segundo) de *C* y *A* con su consejo de familia.

Igual sucederá cuando sea el padre quien contraiga segundas nupcias, pero muera antes que su segundo cónyuge. Los hijos que haya tenido del primer matrimonio deberán ser sujetos á tutela, puesto que su segunda esposa no tiene patria potestad sobre ellos.

La cuestión se presenta en el caso del cónyuge binubo cuando la madre, en el supuesto de la excepción del art. 168, muera teniendo bajo su patria potestad los hijos de los dos matrimonios. Existe entonces identidad de hecho, la muerte del padre ó madre; ¿existirá también en cuanto al consejo? ¿Se formará uno para la tutela de diversos hijos? En un caso puede contestarse afirmativamente; en otro hay que responder en términos negativos. Sucede lo primero en el caso de la tutela y consejo testamentario, ó sólo este último. Si el padre ó la madre designa las mismas personas como tutor y vocales del consejo para los hijos de sus dos matrimonios, la tutela se ejercerá con un único consejo. La voluntad del testador es la ley suprema en esta materia.

Cuando se trate del consejo legítimo la contestación negativa se impone. El consejo se ha de componer—según el art. 294—de los parientes del menor ó incapacitado. Así, hijos del primer matrimonio, consejo de familia formado por los parientes del

menor ó menores nacidos de esta unión; hijos del segundo, consejo de familia constituído por los ascendientes, descendientes, etc., de los mismos. Lo que sucederá es que los parientes del padre ó madre común tendrán derecho á formar parte de los dos consejos.

Una de las razones en pro de nuestra opinión es la de que pudiendo darse el caso de que sea llamada a la tutela persona distinta, según la filiación de los hijos, es decir, un tutor para los de cada matrimonio, debe existir también diverso consejo. Supongamos que *A*, varón, se casa con *B*, de cuyo matrimonio nacen dos hijos. Queda viudo *A*, contrae enlace con *C*, y tiene tres hijos. Se muere primero *C*, después *A* sin testamento, dejando hijos menores de sus dos matrimonios, y procede abrir la tutela legítima. Con arreglo al art. 211, corresponde en primer término al abuelo paterno; demos por supuesto que ha fallecido, y viene en segundo término el abuelo materno. ¿Qué sucederá entonces? Que como quiera que ha habido dos matrimonios, existen dos madres y existirán dos tutores: para los hijos del primero el abuelo de su madre, para los del segundo el de la suya. Lo mismo acontecerá cuando, en el caso opuesto, la madre sea común y el padre distinto; entonces los hijos de cada uno de los matrimonios tendrá un abuelo paterno. Luego siendo tutela diversa, debe haber por regla general para cada una un consejo especial.

Otra razón es la diversidad de intereses. En virtud de la herencia, y aun por otro título, los hijos del primer matrimonio tienen ó pueden tener bienes distintos de los del segundo, constituyendo patrimonio especial para cada uno de ellos. De aquí la necesidad de una administración especial también, o sea un consejo distinto del otro.

La pertinencia de lo expuesto se ofrece de manera más ostensible, no en el caso de hijos de diversos matrimonios, sino en el de hijos de distinta clase. Así, si un padre ó una madre, viudo ó viuda respectivamente, deja á su fallecimiento hijos legítimos y naturales, habidos estos últimos de persona distinta del cónyuge, ¿ha de constituirse un solo consejo para el cuidado de la persona y administración de los bienes de los hijos legítimos y naturales? ¿Los parientes del padre ó madre natural han de sentarse al lado de los de la madre ó padre legítimos? Si *A*, varón, v. gr., ha tenido un hijo natural con *B* (reconocido sólo por el pa-

dre), se casa con *C*, muere ésta y ocurre después el fallecimiento de *A*, dejando en la menor edad al hijo natural de *B* y el legítimo de *C*. ¿ha de constituirse un solo consejo para las dos clases de hijos con los parientes naturales de *B* y los legítimos de *C*? En modo alguno. Los ascendientes, descendientes y colaterales de *B* lo serán de los hijos de ésta; pero no de los de *C*, y viceversa, los de *C* lo serán de sus hijos, pero no de los de *B*, y el consejo ha de formarse con parientes de los menores ó incapacitados, como determina el art. 293.

No se entienda que esto envuelve una derogación de lo expuesto en otro lugar respecto del derecho de los parientes naturales á formar parte del consejo de los hijos legítimos y viceversa, porque nos hemos referido al supuesto de que tales parientes lo sean del menor ó incapacitado, por ejemplo, un hijo legítimo, cuyo abuelo (padre ó madre del padre ó madre) sea natural, caso muy distinto del presente, en el que el parentesco no afecta al menor. En aquel caso se habla del abuelo del menor pariente suyo: en éste del abuelo de un hermano uterino ó consanguíneo ó natural, que no es abuelo suyo, puesto que no le liga con él vínculo alguno. Hay que hacer una aclaración. Estas palabras se refieren á los parientes del padre ó madre no común; los ascendientes, descendientes y colaterales del padre ó madre común á los hijos legítimos y naturales, éstos, sí están comprendidos dentro del precepto del art. 294, y podran formar parte de los dos consejos.

Pensamos que puede darse otro caso en que deberá formarse un nuevo consejo á más del ya constituído. Tal sucederá cuando muerto el padre ó madre viudo deje dos hijos menores y otro mayor de edad, se constituya el consejo de familia para la tutela de los menores y caiga después el mayor en locura, sordomudez, prodigalidad ó interdicción. En este caso, entendemos que deberá procederse á una nueva constitución del consejo. Podrá éste constituirse con las mismas personas que el de los hermanos menores, pero funcionando en todo caso separadamente. El consejo será el mismo; mas con procedimiento especial, esto es, levantando actas distintas para cada uno de los dos casos, sin mezclar para nada los acuerdos del uno con los del otro.

Estudiemos el art. 296. Es éste copia casi literal del párrafo tercero y último del 207 del Código portugués, cuya redacción

es la siguiente: «La nulidad que tenga su origen en la inobservancia de lo expuesto en este artículo (contiene éste la doctrina equivalente á los artículos 294 y 295, ó sea las personas que han de componer el consejo), puede subsanarse por los Tribunales, si no apareciese dolo ó no resultare perjuicio para los menores.» Esta consideración lleva á buscar la interpretación de la doctrina del artículo en algún tratadista del Derecho civil portugués. Ferreira, catedrático de Derecho en la Universidad de Coimbra, en su obra *Código civil portugués anotado*, dice, desarrollando la cuestión de si el Juez al designar los parientes que han de componer el consejo ha de seguir rigorosamente la proximidad del grado, ó podrá escoger entre los más próximos, que, «si el Juez al alterar ese orden no procede con dolo, ni resulta perjuicio al menor, no habrá lugar á la nulidad de la composición del consejo ni de sus acuerdos.» Más adelante, en el mismo comentario de los artículos 207, 208 y 209, añade que «el párrafo tercero del artículo 207 fué introducido por el ilustrado autor del proyecto del Código (Seabra), después de una polémica con el Sr. Moraes Carvalho, en la que aquél defendió la nulidad de todos los actos practicados por el consejo de familia si en la constitución de éste se omitía alguna de las disposiciones del Código.» No producen absoluta claridad estas palabras; pero nos suministran algo de luz que puede contribuir en parte á esclarecer la cuestión estudiada en parangón con la del Código español.

«Los Tribunales podrán subsanar la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos anteriores,» dice en primer término el art. 296 ¿Qué quieren expresar estas palabras? Dedúcense de ellas dos consecuencias: primera, que la constitución del consejo en que se falte á lo dispuesto en los artículos 292, 293 y 294 será un acto nulo, siéndolo también como consecuencia indeclinable los acuerdos que dicho consejo tome; segunda, que los Tribunales pueden subsanar esa nulidad. ¿Qué significa este verbo subsanar empleado aquí? Subsanar, según el Diccionario de la Academia, vale tanto como disculpar ó excusar un desacuerdo ó delito; reparar ó resarcir un daño. Salvo el concepto de reparación, los demás no se acomodan ni ajustan con exactitud al de subsanar; de aquí que nosotros hayamos buscado el que refleja su verdadero sentido, encontrándolo en el de enmendar. Equivale éste á corregir, hacer que una cosa mala quede mejor, quitando

sus defectos. Significa también resarcir, y en lenguaje forense, según el Diccionario, reformar, corregir algún Tribunal superior la sentencia dada por el mismo, de que suplicó alguna de las partes. Aparte de lo de superioridad del Tribunal (según el Diccionario), que indica jerarquía, cuando por otro lado, y esto es lo exacto, se refiere á resolución dada por el mismo Tribunal que ha de reformarla, no por otro superior, ó sea el recurso de súplica de que habla el art. 402 de la ley de Enjuiciamiento civil (1), entendemos que el verbo subsanar está empleado en el artículo que comentamos en sentido de enmendar, en el de que el Juez podrá reparar, corregir ó reformar el vicio de constitución del consejo, entendiéndose convalidado lo que en principio fué nulo.

«Si no se debiere al dolo ni causare perjuicio á la persona ó bienes del sujeto á tutela,» continúa el artículo. Es decir, que en estos casos no habrá lugar á la subsanación de la nulidad. ¿Qué procederá entonces? Procederá la nulidad del acto de la constitución del consejo y de los acuerdos tomados por éste.

El Código, aplicando la excepción del art. 4.°, ordena la convalidación de un acto nulo, cuando la nulidad provenga de ignorancia; no puede proclamar igual doctrina cuando aquélla reconoce como causa la mala fe ó lesiona los intereses del menor ó incapacitado, razón por la que en este caso, de acuerdo con el principio consignado en el art. 4.°, declara que no procede enmendar la nulidad, sino decretar ésta.

«Pero reparando el error cometido en la formación del consejo,» termina el artículo. Estas palabras constituyen la clave del mismo. Decimos esto, porque indican el acto á que se refiere el precepto legal al mencionar la formación del consejo; el motivo que ha de reconocer la nulidad y el modo de subsanarla al hablar de reparación del error cometido. La nulidad ha de provenir, pues, del error, es decir, de omisión, y ha de subsanarse reparándolo, enmendándolo.

Resumiendo las consideraciones expuestas, creemos que la

(1) Art. 402. Contra las sentencias ó autos resolutorios de incidentes que se promuevan durante la segunda instancia se dará el recurso de súplica ante la misma sala, dentro de cinco días.

Este recurso se sustanciará en la forma establecida para el de reposición en los artículos 378 y 379, dictándose la resolución, previo informe del Magistrado Ponente.

doctrina del artículo debe entenderse en estos términos: los Tribunales podrán subsanar, ó sea enmendar la nulidad que resulte de error cometido en la formación del consejo (nombrar un pariente en vez de otro con mejor derecho, designar un amigo en vez de un pariente), reparando el error cometido, es decir, nombrando el preferente. En virtud de la subsanación convalidarán los acuerdos que hubiera tomado el consejo citado. Si la nulidad no reconociere como causa el error, sino que se debiere al dolo, ó si de ella resultare perjuicio al sujeto á tutela, no podrá verificarse la subsanación, procediendo la declaración de nulidad del acto de la constitución del consejo, y por ende de los acuerdos tomados por éste. ¿De qué Tribunales habla el artículo? Dado que los Jueces municipales son los competentes para conocer de la formación del consejo, parécenos lógico que sean ellos los que deban subsanar el error cometido en dicho acto Tratándose de la nulidad, en el caso de dolo ó de perjuicio, creemos serán competentes los de primera instancia, puesto que la contienda deberá afectar el caracter de juicio ó litigio.

Vamos á tratar sucintamente, antes de terminar el estudio del artículo, un extremo importante contenido en el auto del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1890, publicado en la *Gaceta* de 17 de Octubre del mismo año, en el que se sienta la doctrina de que los errores, mejor dicho, las irregularidades que se cometan en la formación del consejo de familia, pueden corregirse mediante la oportuna demanda de nulidad.

Promovidas diligencias en el Juzgado municipal de Bilbao para la constitución del consejo de familia correspondiente á la tutela de los hijos menores de D. Ramón de Larrinaga, los señores D. Juan Bautista y D. León de Longa suscitaron cuestión para que se declarara á cualquiera de ellos preferente en orden para la formación del consejo á D. José Antonio Basterrechea. Celebrada la junta de todos los interesados, el Juzgado declaró constituído el consejo de familia de que se trataba, con los vocales D. Félix Ramón de Larrinaga, D. Teodoro de Arana, D. Pedro y D Florentino de Larrinaga y D. José Antonio de Basterrechea en el concepto de parientes más próximos de la línea paterna y de la materna respectivamente.

Confirmado este auto por el Juzgado de primera instancia de la expresada villa de Bilbao, se interpuso por los excluídos, que

se consideraban con mejor derecho que los nombrados, recurso de casación por infracción de ley, con cuya admisión estuvo conforme el Ministerio Fiscal, y oído el Magistrado ponente, que lo fué D. Juan Ignacio Morales, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, previa la celebración de vista pública, donde fueron escuchadas las partes, declaró no haber lugar á la admisión, fundándose en los siguientes considerandos:

1.º Con arreglo al espíritu y letra de las disposiciones contenidas en los artículos 1.689 y 1.690 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo puede darse lugar al recurso extraordinario de casación cuando éste se dirija contra resoluciones de las Audiencias ó Jueces que pongan término, resolviéndolos de una manera definitiva, á los asuntos en que recaigan, sin que á los interesados en ellos quede otro medio de reclamar si se consideran agraviados, que el de acudir al Tribunal Supremo pidiendo la casación de aquélla.

2.º Por lo que se acaba de exponer, se demuestra de un modo indudable la improcedencia del recurso de casación en el presente caso, en que se trata de acuerdos adoptados por el Juez municipal de Bilbao al formar el consejo de familia para los menores hijos de D. Ramón de Larrinaga, según lo prescrito en el art. 293 del Código civil vigente, puesto que debe tenerse muy en cuenta que en el art. 296 del mismo se establece *el modo y forma de reparar cualquier error* que pudiera cometerse en la constitución del citado consejo, por la inobservancia de los preceptos anteriores, fijándose de un modo claro y terminante que los Tribunales pueden subsanar cualquier nulidad que resulte de esta inobservancia:

3.º Desde luego se advierte que los interesados que se crean en el caso de impugnar la formación del consejo de familia, entendiendo, como acontece en el caso actual, que el Juez no se ajustó estrictamente á lo ordenado en la ley, tienen fácil y expedito el medio de acudir á los Tribunales con la correspondiente demanda de nulidad, sin que en manera alguna quepa en tal caso otro recurso y mucho menos el de casación, con el que se pretendería iniciar y plantear por primera vez ante el Tribunal Supremo una cuestión que no había sido discutida y decidida antes por ningún Tribunal, lo que chocaría con los buenos principios del procedimiento y sería por todo extremo irregular y anómalo.

Tal es el auto del Tribunal Supremo que ha sido considerado como aclaratorio del laberíntico art. 296 del Código civil.

La oscuridad de dicho artículo ha motivado el pronunciamiento del auto referido, que con indudable precipitación diagnostica de igual manera las irregularidades que pueden cometerse en la formación del consejo de familia y propone como único remedio la demanda de nulidad. No discutimos la procedencia del recurso, pero creemos estar en lo cierto si aseguramos que no ha comprendido bien el Tribunal Supremo el art. 296 del Código civil, siquiera concurra en atenuación del defecto, su mucha oscuridad.

El art. 296 clasifica las infracciones que pueden cometerse en la constitución del consejo de familia en tres categorías, á saber: 1.ª, infracciones provenientes del dolo; 2.ª, infracciones cometidas por error, y 3.ª, infracciones que causen perjuicio á la persona ó bienes del sometido á tutela. En el primero y tercer caso, la nulidad se impone, hay que declararla, y para esto hay que pedirla. Entonces la demanda de nulidad procede y la sentencia del Tribunal Supremo responde á la letra y espíritu de la ley; pero cuando la infracción se comete de buena fe, cuando proviene del error, entonces no es la demanda de nulidad la que se impone, sino la de subsanación, que es cosa totalmente distinta. La subsanación de un defecto no implica nulidad y es uno de aquellos casos de excepción que admite la regla general sentada por el art. 4.° del Código civil. Lo que es nulo por virtud de dolo no admite la subsanación, hay que destruirlo; mas lo que es subsanable no es nulo porque es factible su remedio.

Esta distinción no la ha hecho el Tribunal Supremo, sino que, por el contrario, ha fundido en una sola regla, en un solo principio la dualidad de casos admitida por el art. 296 del Código civil, y de cuya dualidad persuade la lectura atenta y meditada del dicho artículo.

«Los Tribunales, dice, podrán *subsanar* la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos anteriores (293 al 295 inclusive) *si no se debiere al dolo ni causase perjuicio á la persona ó bienes del sujeto á tutela* (de donde rigorosamente se deduce que si la nulidad por contravención de la ley reconociese una de estas causas, no sería subsanable), pero reparando el error cometido en la formación del consejo.»

El análisis del artículo nos lleva á la afirmación de que en la formación del consejo se pueden cometer defectos subsanables é insubsanables, dependiendo la subsanabilidad de la intención que se haya tenido al cometer la infracción. El Juzgado, v. gr., pudo haber omitido por ignorancia la citación de un pariente, excluyéndole de formar parte del consejo, ó pudo excluir al pariente más remoto con mengua del derecho del más próximo. ¿Procedió por error? El defecto es subsanable, y remediado, los actos anteriores efectuados por el consejo quedan convalidados y surten su eficacia jurídica de igual suerte que si no se hubieran producido con tacha de nulidad, porque ésta queda subsanada; á la inversa, ¿procedió el Juez ó la parte deliberadamente excluyendo al pariente más cercano, negándole su derecho si le hubiere reclamado, nombrando vocales del consejo á personas de conducta sospechosa y sin amistad con el ascendiente del menor ó incapaz? ¿La infracción, aunque no intencional, es perjudicial á la persona ó bienes del incapacitado? El defecto es insubsanable, la constitución del consejo es nula, la demanda de nulidad procede, y todos los actos efectuados por el expresado consejo quedan invalidados y sin ninguna eficacia en derecho.

La diferencia no puede ser más sustancial. En el primer caso se procede por reconstitución; en el segundo por nulidad y nueva formación. En el primero, los actos efectuados antes de la subsanación se convalidan; en el segundo son nulos, porque la nulidad del origen se comunica á los actos celebrados posteriormente, y no pueden convalecer por el transcurso del tiempo. *Quod initium vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

Estas fundamentales distinciones son las que no ha hecho el auto del Tribunal Supremo; y, por eso, prescindiendo de si la inadmisión del recurso estuvo bien ó mal decretada, limitamos nuestra crítica á los considerandos donde se habla del art. 296 y se le interpreta erróneamente á nuestro juicio.

Ahora bien: cuando haya que pedir la nulidad, no puede originarse tropiezo ninguno, porque es sabido que ésta se sustancia por los trámites del juicio ordinario. Mas cuando haya que solicitar la subsanación, reconstituyendo el consejo de familia, dando entrada á los parientes excluídos, en una palabra, reparando el defecto cometido, ¿qué trámites habrán de seguirse? Llamamos con insistencia la atención sobre el particular, porque si el regla-

mento del consejo de familia se publica y su falta siéntese á cada momento, constituyendo ya un descuido ó una rémora en el legislador, imperdonable, uno de los vacíos que deben llenarse es este que acabamos de indicar. Dígase de un modo claro cuál es el procedimiento que hay que seguir para obtener la subsanación del error cometido, y á más de perfeccionar la legislación civil en punto tan interesante y transcendental como el consejo de familia, se disipará la oscuridad que hoy se cierne sobre el art. 296, originando interpretaciones cual la del auto del Tribunal Supremo que nos ha movido á escribir las anteriores líneas.

La excusa que contiene el art. 297 figura también de modo indirecto en el art. 208 del Código portugués, y es acertada su inserción en el español. Justo es que los parientes sean los obligados á formar el consejo de familia, y que recaigan sobre ellos las molestias que el cargo puede llevar consigo; mas esto, sin perjuicio de aquéllos, y el quebranto puede originarse en el caso de que tengan que salir de su domicilio para trasladarse al del consejo, abandonando sus intereses por administrar los del menor ó incapacitado. El criterio de nuestro Código sobre este particular es digno de alabanza.

No prohibe á los parientes que residen á más de la distancia fijada, ser miembros del consejo; los declara exentos de la obligación; si ellos aceptan ésta, no son rechazados. El legislador español ha rendido así loable homenaje á la tradición de la galantería nacional y á la razón: les concede á los parientes un derecho sin imponerles un deber. Deja la resolución al arbitrio del interesado, pensando acaso que vale más que no acepte el cargo aquel que por sufrir perjuicios puede desempeñarlo mal, ó al menos no con el celo debido. El mismo precepto, aunque en términos más generales, consigna el art. 209 del Código de Portugal al declarar que es potestativo en los parientes que residan en diversa jurisdicción formar parte del consejo de familia.

La disposición del artículo, á pesar de su aparente claridad, requiere algunas consideraciones. Refiérese la primera al extremo de determinar con exactitud á quiénes alcanza la excepción del mismo. Dadas sus palabras, parece no comprender más que á los ascendientes, descendientes varones, hermanos y maridos de las hermanas del menor ó incapacitado, ya que no habla de parientes en general, sino de «los llamados por la ley.» Desde luego,

aun suponiendo que el artículo no establezca la distinción que parece deducirse de sus términos, omite á las personas designadas en su testamento por el padre ó la madre y á los amigos. ¿Cuál es la interpretación que debe darse al artículo? ¿A quiénes se ha de aplicar su precepto? Conforme á nuestro modo de pensar, á todos los que están obligados en cada caso á formar parte del consejo, sean parientes de cualquier grado, sean amigos. Es cierto que el artículo emplea las palabras que hemos citado, pero precisa confesar que despegan de donde se encuentran colocadas, no debiendo, por consiguiente, haber sido insertas. Si el Código desea eximir de la obligación de ser miembro del consejo de familia por las molestias y perjuicios que pueda ocasionar el desempeño del cargo de los parientes más cercanos del menor ó incapacitado, á los que por esto mismo, por la proximidad del grado, la obligación es más directa é ineludible, ¿cómo no ha de ser extensivo el favor á los más lejanos y á los que son extraños á la familia? La ley establece la excusa por una razón: la distancia; donde quiera que exista esta razón, debe existir también igual derecho, el de excusarse. Esta interpretación podrá no ser la cierta, pero es la justa, y la verdad que se halla en desacuerdo con la justicia no puede ostentar tal nombre.

¿De qué Juzgado habla el artículo? Indudablemente del municipal, donde radica la tutela, no del de primera instancia, puesto que la constitución del consejo es de la competencia del Juez municipal.

La distancia que el artículo señala ¿cómo se ha de contar? No cabe duda que ha de ser, no por la determinada por la situación geográfica de los pueblos de que se trate, ó sea por la que exista entre ellos naturalmente, sino atendiendo á la que resulte de las vías de comunicación. De esta afirmación surge una duda. Una población puede estar enlazada á la vez con otra por carretera ó camino ordinario y por vía férrea, y ser diversa la distancia por uno y por el otro. No se diga que esto es una sutileza: el caso no es imposible, dada, sobre todo, la afición de los habitantes de localidades pequeñas á usar de los recursos más extremos que la ley puede proporcionar. ¿Cuál de los dos tipos propuestos regirá? En la necesidad de decidir entre uno ú otro, es lógico afirmar que el que suministra el camino ó carretera, por las razones de poder servir de norma uniforme para todos los casos y

ser el más acomodado á la equidad. Lo primero, porque desgraciadamente los caminos de hierro ó ferrocarriles no comunican aún la mayor parte de los pueblos de España, y sólo serviría de tipo en aquéllos en que esto sucediere; sería un tipo especial, no general; lo segundo, porque si el fin del legislador al establecer la exención por motivo de la distancia es evitar las molestias consiguientes al viaje, éstas existen en el caso de que el traslado haya de hacerse en coche ó á caballo, no cuando se dispone de la comodidad que ofrece el tren. Por otra parte, conviene recordar que por virtud de la diferencia enorme de rapidez entre uno y otro medio de locomoción, 30 kilómetros de carretera equivalen aproximadamente (en cuanto al tiempo empleado en recorrerlos, á razón de legua por hora) á 100 por camino de hierro, y por el contrario, 30 de éste suponen sólo seis de aquél. Entendemos, por tanto, que la distancia de 30 kilómetros marcada en el artículo 297 debe medirse por la que exista por la carretera ó camino ordinario y usual, contada, llevando el rigorismo hasta su último extremo, desde los límites de los términos municipales de los pueblos cuya distancia se discuta.

Derecho vigente de los artículos 294, 295, 296 y 297.—*Civil.*—Existen tres clases de consejo de familia: el testamentario, ó sea el que se constituye por designación del padre ó madre, ó del fallecido cuando el sobreviviente carezca de patria potestad; el legítimo, que es el que se forma cuando no existe testamento del padre ó madre, ó cuando, existiendo, no hable nada del consejo; ó en el caso de que se anule el testamento, y el dativo en defecto de éstos.

Consejo de familia testamentario.—Personas que pueden hacer la designación.—El padre ó madre supérstite, legítimo, natural ó ilegítimo, propiamente tal, ó el que de ellos fallezca antes cuando el otro cónyuge ó padre sobreviviente carezca de patria potestad por alguna de las causas de los artículos 168 al 171.

El derecho de los padres no tiene otras limitaciones que las determinadas por la ley, ó sea no designar personas inhábiles por alguna de las causas que no pueden ser dispensadas, y nombrar cinco por lo menos. La designación podrá ser pura ó condicional, siempre que las condiciones no sean contrarias á la moral ó al derecho.

Pierden el derecho los padres, ó alguno de ellos, que sean pri-

vados de la patria potestad por cualquiera de las circunstancias comprendidas en los citados artículos 168 al 171.

La designación puede hacerse ya en testamento, propiamente dicho, ya en cédula que reúna los requisitos marcados en el artículo 672, ó sean los del testamento ológrafo.

Consejo de familia legítimo.—Son vocales natos del mismo los ascendientes, descendientes y hermanos varones y mayores de edad, y los maridos de las hermanas, también mayores. El derecho de éstos es simultáneo, es decir, pueden todos formar parte del consejo á un tiempo, cualquiera que sea su número.

De los parientes por afinidad, sólo llama el Código á los maridos de las hermanas, derecho que, en nuestro sentir, cesa con la muerte de éstas.

A falta de los ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas, el consejo de familia debe constituirse con los demás parientes del menor ó incapacitado, y en defecto de parientes, con amigos de los padres, siendo en todo caso cinco el número de vocales que han de componer el consejo.

Según nuestra opinión, el parentesco necesario para ser vocal del consejo no es solamente el legítimo: puede ser título para ello el natural. La prelación para el cargo de vocal se determina por la proximidad del grado: dentro de igual grado é igual parentesco, por mayoría de edad, y en igualdad de grado, y diversidad de parentesco, por la clase de éste, excepto en los vocales natos, en el que no hay preferencia, porque todos pueden serlo conjuntamente.

Número de consejos.—Habrá que atender en primer término á lo dispuesto en el testamento. No habiendo consejo testamentario, las reglas serán las siguientes: habiendo igualdad de parentesco, cualquiera que sea el número de hijos menores, un solo consejo, como ya dijimos en el comentario del art. 206 (tomo IV).

Si existen hijos de diversos matrimonios, un consejo para los hijos de cada uno de ellos.

También habrá lugar á doble consejo cuando muerto el padre ó madre, viudo, dejando hijos menores y uno ó varios mayores, se constituye para aquéllos, y por incurrir uno de éstos en locura, deba formarse consejo. Habrá que constituir nuevamente éste, aunque sean vocales del mismo las mismas personas que del otro, y funcionar ambos separadamente.

Nulidad de la constitución del consejo.—Podrá solicitarse cuando sea debida al dolo ó resulte de ella perjuicio para el menor ó incapacitado. Si es debida al error, los Tribunales podrán subsanarla, reparando el error cometido. Para la subsanación será competente el Juez municipal del lugar donde se constituyó el consejo; para la nulidad el de primera instancia del mismo.

Disposición común al consejo de familia testamentario y legítimo.—Pueden excusarse de formar parte del consejo de familia los parientes y amigos del menor ó incapacitado del Juzgado municipal donde radique la tutela.

ART. 298. Las causas que excusan, inhabilitan y dan lugar á la remoción de los tutores y protutores, son aplicables á los Vocales del consejo de familia. No podrán tampoco ser Vocales las personas á quienes el padre, ó la madre en su caso, hubiesen excluído en su testamento de este cargo.

Concordancias.—Igual al art. 264 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 299. El tutor y el protutor no podrán ser á la vez Vocales del consejo de familia.

Concordancias.—Igual al art. 265 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 298 Y 299.—Quien dice tutela plena dice también consejo de familia. Al nacer aquélla nace asimismo ésta, y no puede ejercerse la primera sin el concurso del

segundo. En realidad, cada individuo del consejo de familia viene á ser un tutor más dentro de las atribuciones de aquél. De esta acentuada analogía entre ambas instituciones se derivan preceptos que, como el del art. 298, extiende y aplica a los vocales del consejo de familia las causas que excusan, inhabilitan y originan la remoción de los tutores y protutores.

El artículo habla primero de excusas, después de inhabilitación, y en último lugar de remoción. Este orden no es del todo propio, y nosotros estudiaremos el artículo en el siguiente: 1.° Personas que carecen de capacidad para ser individuos del consejo. 2.° Quiénes gozan de ella, pero pueden eximirse del cumplimiento del cargo. 3.° Quiénes, siendo ya miembros del consejo, pueden perder su carácter por incurrir en alguna de las causas que lleva consigc la remoción.

Inhabilitación.—El art. 297 establece qué personas no pueden ser tutores ni protutores. Acudiremos á él, exponiendo los casos de inhabilitación que contiene, refiriéndonos á lo que en él decimos en cuanto al fundamento de la prohibición, que damos aquí por repetido.

1.° *Los que estén sujetos á tutela.*—No sólo éstos, sino con más razón los sometidos á la patria potestad. Como pudiera ocurrir el caso del emancipado por alguna causa diversa de la mayor edad (matrimonio, concesión ó habilitación de edad), reproducimos lo expuesto en el comentario del art. 294 respecto del mismo. Consideramos que el emancipado menor de edad no puede ser individuo del consejo, porque si necesita la asistencia del padre, madre ó tutor para determinados actos civiles (tomar dinero á préstamo, gravar y enajenar bienes inmuebles y comparecer en juicio), se encuentra *ipso facto* incapacitado para prestar su consentimiento para actos de la índole mencionada, propios de la competencia del consejo de familia.

2.° *Los penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público.*—Estos diversos delitos no son presunción del buen ejercicio del cargo de tutor, que requiere honradez profunda y moralidad intachable. Cierto es que quien cometió un delito no siempre vuelve á ejecutarlo, pero nada más expuesto á la reincidencia que el *medio ambiente*, las circunstancias favorables que proporcionen al ex delin-

cuente ocasión análoga, acaso mejor que aquella en la que cometió el primer hecho punible. Permitir, por consiguiente, la ingerencia en la administración del caudal de una persona indefensa á quien atentó anteriormente contra el de otra; conceder que intervenga en la dirección y educación de un menor al individuo que haya sido castigado por el repugnante delito de corrupción de menores, al que su conducta no ha sido todo lo limpia que de desear fuera, sino por el contrario, empañada por la mancha de delito de escándalo, hubiera constituído una falta imperdonable para el legislador español. No se infringe con lo expuesto el aforismo de derecho penal que dice «Odiad el delito, no al delincuente,» porque la restricción del Código envuelve, no enemistad, sino previsión. Por eso prohibe ser vocal del consejo (y tutor y protutor) al que fué condenado (haya ó no cumplido la pena) por aquellos delitos que pueden repetirse con ocasión del ejercicio de la tutela.

3.° *Los condenados á cualquier pena corporal mientras no extingan la condena.*—Las palabras de este número no son todo lo propias que exige el tecnicismo jurídico. Parece deducirse de ellas que sólo podrán tener aptitud para ser tutores ó protutores, y como consecuencia vocales del consejo de familia, los condenados que hayan cumplido la pena, cuando lo que quiere y debe decir es: «los que hayan extinguido su responsabilidad penal.» Según el art. 132 del Código penál, esta responsabilidad se extingue por las siguientes causas: muerte del reo; cumplimiento de la condena; amnistía; indulto; prescripción del delito y de la pena; luego, finiquita la responsabilidad criminal por cualquiera de estas causas (salvo el caso de la muerte), el condenado recobrará su capacidad. El núm. 3.° del artículo debía, pues, encontrarse redactado en esta forma: «Los condenados á cualquier pena corporal, mientras no extingan su responsabilidad penal.»

El precepto comprende, según dijimos en el comentario del artículo 237, todas las penas que producen la pérdida de libertad, menos el arresto menor, cualquiera que sea el concepto en que ha sido impuesta, esto es, por autor, cómplice ó encubridor del delito, y haya éste sido consumado ó frustrado, ó alcanzado sólo el grado de la tentativa (consideraciones aplicables igualmente al número anterior), porque el fundamento principal de la prohi-

bición es la imposibilidad física de ejercer el cargo. No basta el procesamiento, es menester la condena en la mayor parte de los casos, y siempre el desprestigio que lleva toda causa criminal. Existiendo privación de libertad, existirá también la inhabilitación, porque el Código habla de pena *corporal*, es decir, de sufrimiento físico, y el único que admite hoy la ley Penal es la privación mencionada.

4.° *Los que hubiesen sido removidos legalmente de otro consejo de familia (tutela, que dice el art.* 237) *anterior.*—Es aplicable á este número parte de lo consignado en el segundo. La circunstancia de que una persona haya sido removida anteriormente del cargo de individuo de un consejo por causa que merezca censura, no implica la consecuencia de que fatalmente haya de incurrir en la misma falta; mas envuelve la posibilidad de que esto suceda. Su mala gestión le haría sospechoso, induciría también á que fuese observado con recelo y desconfianza, y en cuestiones de cuidado de personas y de administración de bienes, la ley debe proceder con energía y cautela no otorgando una ú otra á quien no ofrezca desde luego una garantía infalible, dentro de lo que de esta cualidad ofrece lo humano.

Hemos tenido cuidado de decir: «por causa que merezca censura», aludiendo á aquellas que, siendo imputables á la persona á quien se refiere, son desfavorables para su nombre y honra, á fin de diferenciarlas de aquellas que sean extrañas á su voluntad, ó que no redunden en perjuicio del mismo. Explicaremos estas palabras motivadas por las empleadas por el Código en su art. 238.

Dice éste en su número primero, que «serán removidos de la tutela (y consiguientemente del consejo) los que, después de deferida ésta, incidan en alguno de los casos que mencionan los números 1.°, 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.°, 12 y 13 del artículo anterior. Ninguna observación merecen los números 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.° y 12; sí los 1.°, 8.° y 13. Conforme al 1.°, serán removidos los que, después de conferida la tutela, caigan en ella. No se refiere á la del menor, porque éste no puede ser protutor ni individuo del consejo; atañe al mayor de edad, el cual, como sabemos, incurre en tutela por incapacidad física (locura, imbecilidad y sordomudez), ó por incapacidad legal (prodigalidad é interdicción). Sentado esto, preguntamos: el que haya sido removido de una tutela ó de un consejo anterior por incapacidad física, y luego recobra

su capacidad, ¿por qué ha de estar inhabilitado para el cargo de tutor ó individuo del consejo de familia de otra tutela posterior? El loco ó sordomudo declarados capaces, ¿por qué han de llevar esa restricción? ¿En virtud de qué principio se les impone ésta? Si han sufrido una incapacidad física temporal que no afecte á sus cualidades de hombre probo y honrado, ¿con arreglo á qué precepto legal ó de justicia se les impone una limitación perpetua, referente á la administración de bienes? Compréndese éste en el interdicto, y mejor en el pródigo, porque su incapacidad se refiere á la esfera puramente económica; no en el que fué loco, que puede ser un excelente gestor de los intereses ajenos.

Otro de los casos sobre el que hemos de llamar la atención es el 8.°, ó sea, tener el tutor ó protutor ó miembro del consejo pleito pendiente con el menor sobre el estado civil. Esta causa nos parece absurda en los términos generales en que el artículo la expresa. Si una de dichas personas ha sido removida de la tutela (ó del consejo) de determinada persona por haber promovido un litigio sobre el punto que menciona el número de que nos ocupamos, ¿qué tiene que ver con la tutela ó consejo de otra? Si *A* es tutor de *B*, ó miembro del consejo de familia para el ejercicio de la tutela de *B*, y por haber entablado un pleito contra él sobre su estado civil, es removido de la tutela ó del consejo, y después es nombrado tutor de *C*, es decir, de un menor distinto de *B*, ¿por qué ha de ser inhábil para dicho cargo? ¿Qué conexión guardan ambos casos? ¿En qué influye el uno sobre el otro? No lo sabemos, y no vacilamos en confesar, que si esa relación existe, no la hemos encontrado, á pesar de meditar largo rato sobre ella. Únicamente tendrá razón de ser cuando sean parientes las personas sometidas á tutela.

A iguales consideraciones se presta el caso del núm. 13. Si un extranjero nombrado tutor ó individuo de un consejo de familia es removido del cargo por ausentarse de España, ¿por qué ha de estar inhabilitado para ejercerlo otra vez si regresa á España? ¿Qué congruencia existe entre uno y otro caso? Ninguna. Por estas razones entendemos que el Código ha debido considerar sólo como causas perpetuas de inhabilitación aquellas de remoción que afecten á la conducta del designado tutor, protutor ó miembro del consejo de familia, ya en la esfera moral, ya en la económica.

Hemos desenvuelto la doctrina de este caso en el supuesto de la remoción anterior del cargo de vocal del consejo de familia; ¿producirá igual efecto la remoción del cargo de tutor? La tutela y el consejo de familia son organismos diversos, pero que tienen un mismo fin: cuidar y administrar con cariño y rectitud de una persona y de sus bienes. La analogía entre los dos es por este motivo muy estrecha, y las circunstancias que influyen sobre uno repercuten casi siempre sobre el otro. Entendemos, pues, que quien fué destituído de la tutela no debe inspirar garantía para el desempeño de la misión de miembro del consejo y viceversa. El tutor y el vocal del consejo intervienen en la misma función, en esferas diversas, pero íntima y profundamente ligadas. En virtud, pues, de esta igualdad ó simetría, si la frase vale, es de temer fundadamente que el que procedió mal en una de dichas esferas cumpla de igual modo en la otra. La tutela no es una función simple, desempeñada únicamente por el tutor; es compleja, requiere la intervención del protutor y del consejo de familia, como lo demuestra el art. 201 al decir que «la tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.» Así, al hablar de tutela, se habla en realidad de las tres entidades, tutor, protutor y vocal del consejo de familia, y al expresar el número que estudiamos «los que hubieren sido removidos de otra tutela anteriormente,» puede entender, sin acudir á torcidas interpretaciones, que se refiere á los que lo han sido en cualquiera de los conceptos indicados, puesto que es indispensable para la tutela la existencia conjunta de todos.

Los Códigos de Francia y Portugal contienen preceptos terminantes sobre el particular. El primero, en su art. 445, prohibiendo formar parte de un consejo de familia al individuo que haya sido excluído ó exonerado de otro, y el segundo, al declarar en el 242 que el tutor ó protutor removido quedará *ipso facto* incapacitado para ser vocal del consejo de familia.

5.º *Las personas de mala conducta ó que no tengan manera de vivir conocida.*—En el art. 237 expusimos el fundamento de esta prohibición. Añadiremos ahora que, en nuestro sentir, al hablar de los que no tuvieren manera de vivir conocida, alude al vago, cuyo concepto legal nos lo ofrece la circunstancia vigésimatercera del art. 10 del Código penal, diciendo que «se entiende por vago el que no posee bienes ni rentas, ni ejerce habitualmente profe-

sión, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita ó algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo.»

6.° *Los quebrados y concursados no rehabilitados.*—La condición legal del concursado ó quebrado no indica seguridad ni inspira confianza para conferir á la persona que la reúna la administración de los bienes de otra. Por eso el Código prohibe en tal caso el nombramiento de tutor, protutor ó individuo del consejo á favor de quien haya sido declarado en estado de concurso ó quiebra. No sólo hay esta razón: existe, además, como expusimos en el art. 237, la de que si no pueden administrar sus bienes propios, con mayor motivo han de carecer de la facultad de administrar los ajenos.

El concurso y la quiebra reconocen causas distintas, siendo debido unas veces á los azares propios de todo negocio ó empresa, y otras á la negligencia y aun á la mala fe del concursado ó quebrado. De aquí que la ley permita la rehabilitación del quebrado y la declaración de inculpabilidad del concursado cuando la quiebra ó el concurso no reconozcan como causa la mala fe, no en el caso de fraude, exceptuado expresamente en el art. 920 del Código de Comercio; de ahí también que el Civil limite la prohibición del número que estudiamos á los no rehabilitados. La rehabilitación del quebrado (art. 921 del Código de Comercio) y la declaración de inculpable del declarado en concurso, borran y hacen desaparecer el período transcurrido desde la quiebra ó concurso hasta la rehabilitación, retrotrayendo la condición legal del rehabilitado á la que tuviere antes de dicho período. Determina con claridad este efecto el art. 922 del Código de Comercio cuando dice que «con la habilitación del quebrado cesarán todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra.»

7.° *Las mujeres.*—La condición social de las mismas, unida á la natural debilidad del sexo, son, sin duda, los fundamentos de la restricción.

El Código español se ha apartado del criterio adoptado por los extranjeros, que admiten á la mujer en algunos casos en el consejo de familia. El francés y el belga, al determinar en su artículo 442 las personas que no pueden ser tutores ni miembros del consejo de familia, menciona en su número 2.° á las mujeres, excepto—dicen—la madre ó ascendientes. Además, en el art. 408,

referente á la constitución del consejo, expresa que «si son seis ó más los hermanos carnales del menor y los maridos de sus hermanas carnales, todos formarán parte del consejo de familia, y lo compondrán ellos con las viudas de los ascendientes y los ascendientes que tuviesen excusa válida.» El italiano, expresando en su art. 268 quiénes están incapacitados para el cargo de tutores, curadores é individuos del consejo de familia, incluye en el número 1.° á las mujeres, excepto—añade—las ascendientes y las hermanas carnales que no estuviesen casadas. Por último, el inciso 3.° del art. 234 del Código portugués declara inhabilitados para ser tutor, protutor ó vocal del consejo de familia á las mujeres, excepto las que sean ascendientes del menor.

Es verdad que el caso del art. 237 que estudiamos dice asimismo: «salvo los casos en que la ley las llama expresamente;» pero habla sólo del cargo de tutor ó protutor, y no consigna excepción alguna al tratar del consejo de familia. Por el contrario, el art. 294 designa solo á los parientes varones. La excepción se refiere al único término, á la tutela, porque los ascendientes hembras (madre y abuela, art. 211) y los colaterales (cónyuge y hermanas solteras, art. 220) son llamadas en su caso á la tutela legítima.

8.° y 9.° *Los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil y los que litiguen con el mismo sobre la propiedad de sus bienes, á menos que el padre, ó en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa.*—La palabra pleito es antagónica de la de amistad, y el concepto de litigantes envuelve el de oposición de intereses. Sería por consiguiente temerario y harto imprudente confiar la administración del caudal de una persona á la que tiene derechos contrarios á la misma.

Las cuestiones referentes al estado civil, como quiera que afectan á lo esencial é íntimo del individuo, ó sea á su personalidad, son más graves que las que conciernen á los bienes, y deben unas y otras producir distintas consecuencias. Esta diversidad se refleja en los artículos del Código que estudiamos. Inhabilita para ser tutor, protutor ó individuo del consejo de familia al que litigue con el menor sobre la propiedad de sus bienes, pero exceptúa el caso en que uno de los padres, con conocimiento del hecho, haya dispuesto otra cosa, es decir, haya designado á la persona de que se trata como tutor, protutor ó miembro del consejo ó ma-

nifestado que si llegare el caso de que fuese llamado á desempeñar alguno de dichos cargos, no le sirva de obstáculo la circunstancia expresada. No hace, por el contrario, salvedad de ningún género cuando el litigio verse sobre estado civil.

Los que litiguen con el *menor*, dice el artículo. ¿Cómo va á litigar quien no tiene personalidad para comparecer en juicio? Se refiere la disposición al caso en que el menor deba continuar el pleito promovido por la persona designada como tutor contra el padre ó la madre del menor ó del incapacitado, pues aun el menor emancipado necesita la autorización de los padres para la expresada comparecencia. Quiere decir por tanto el artículo los que tuvieren pleito pendiente con los padres del menor, sobre el estado civil de éste, ó sobre otro extremo, ya por hechos ó causas dependientes de éste, ya por actos de los mismos padres, pleito que haya de proseguirse durante la tutela. En el caso del menor emancipado es cuando podrá promoverse un pleito entre el menor y el tutor. Es más: existe una verdadera imposibilidad y hasta incompatibilidad para el ejercicio del tutor, puesto que no iba á un mismo tiempo á obtener los dos caracteres diversos de demandante y demandado, ya que él es quien habría de personarse en el pleito como representante del sometido á tutela. Por estas mismas razones expuestas, creemos que el precepto será aplicable al caso en que el presunto tutor no hubiese entablado el pleito, sino que tuviese que continuarlo en concepto de heredero ó cesionario del que lo hubiese promovido, en atención á que uno y otro se subrogan respectivamente en la personalidad del causante ó del cedente.

Si la inhabilitación se funda en el antagonismo de intereses que podría traer como resultado la mala gestión del tutor que amparase y protegiese los suyos en perjuicio de los del menor, debiera el Código haber consignado esa prohibición siempre que más ó menos directamente surgiere ó pudiera surgir dicho antagonismo. Tal sucederá en el supuesto de que haya pleito pendiente, no entre el menor ó incapacitado y el designado tutor, sino entre aquél y los parientes más próximos de éste, y el mismo temor ha de asaltar, respecto de la leal administración de la persona llamada á ejercer la tutela, cuando un pariente suyo tenga pleito contra el sometido á su guarda. Los Códigos extranjeros salvan con buen acierto este defecto del español.

Así, el italiano dice en el núm. 3.° de su art. 268 que «la prohibición establecida respecto de los que hayan promovido ó pudieran promover un litigio con el menor, en el cual estuviesen comprometidos el estado de éste ó una parte considerable de sus bienes, tendrá lugar también respecto de los padres, descendientes y cónyuges de los que se encontraren en aquel caso;» el francés (art. 442, núm. 4.°), «todos los que tengan ó cuyos padres tuvieren contra el menor un pleito al cual estén ligados el estado, el capital ó una parte considerable de los bienes del mismo,» y el portugués (art. 234, núm. 5.°), «los que tuvieren litigio con el menor ó en asunto importante, sus padres, hijos ó mujeres.»

El pleito, en el caso del inciso núm. 9, ha de versar precisamente sobre la *propiedad de los bienes*. Al menos, así lo dice el artículo y de ese modo hay que interpretarlo. Cualquiera otra que sea la causa del pleito, cumplimiento de contrato, entrega de bienes, pago de cantidad, no servirá para producir la inhabilitación, siempre que no afecte ó se relacione con cuestión de propiedad.

Siendo ésta, según el art. 348, el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en la ley; estimándose al propietario de un terreno du eñode su superficie y de lo que esté debajo de ella, pudiendo hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan (art. 350), salvo las citadas limitaciones; constituyendo derechos inherentes á la propiedad los siguientes: el de accesión (art. 353), percibir los frutos naturales, industriales y civiles (art. 354); deslinde y amojonamiento (art. 384), y cerrar las fincas ó heredades (art. 388), compréndese que los pleitos cuya causa sea alguno de estos derechos habrá naturalmente que considerarle incluído dentro del inciso del art. 237 de que nos ocupamos. Cada uno de ellos constituye una facultad del propietario, y su negación equivale á la de la propiedad. Quien se opone á que el propietario deslinde ó cierre su heredad le impide usar de ella, puesto que intenta privarle de las facultades de dueño que le concede la ley, y propiedad es, como acabamos de indicar, el derecho de gozar de una cosa sin otras limitaciones que las consignadas por aquélla (la ley).

Para que exista la causa de inhabilitación es menester, según las palabras del artículo, que el pleito esté *pendiente*. ¿Casarán

aquéllas cuando el litigio haya terminado? Aunque de primera intención ocurre contestar afirmativamente, puesto que extinguida la causa (pleito) debe considerarse extinguido el efecto (prohibición de ser tutor, protutor ó individuo del consejo de familia), creemos que se debe responder de un modo negativo. El legislador establece la prohibición, no por el mero hecho del pleito, sino por lo que esto vale y significa, es decir, por la atmósfera de enemistad y hasta de odio que rodea á los litigantes, que no puede estimarse siempre despejada por la conclusión de aquél. Si el sometido á tutela obtiene sentencia favorable y perjudicial, por ende, para el tutor, protutor ó miembro del consejo, es racional sospechar que éste no ha de abrigar el cariño que requiere su cargo hacia el pupilo, y, antes al contrario, es de temer que intente prevalerse del mismo para resarcirse de los quebrantos sufridos y preparar acaso una artera venganza. Si en otro supuesto, el tutor, protutor ó individuo del consejo es el que ha ganado el pleito, tampoco es inverosímil afirmar que el menor ha de mirar con algún recelo al que fué su enemigo, y la tutela, protutela y el consejo de familia han de estar desempeñados por personas que inspiren confianza al legislador y al sometido á la guarda. Sería, por otra parte, repulsivo á la conciencia pública que ostentase el carácter de representante y defensor de un menor aquel que había arrebatado ó intentado destruir su estado civil ó despojado ó intentado desposeer de todo ó parte de su caudal. De estas consideraciones deducimos que la disposición de los números 8.° y 9.° ha de interpretarse en sentido de que el solo hecho de haber promovido pleito sobre alguno de los extremos comprendidos produce *ipso facto* la inhabilitación para cualquiera de los cargos repetidos. De consignar excepción, únicamente cabría establecerla en el caso de que el designado tutor, protutor ó miembro del consejo desistiese de su demanda antes de dictarse sentencia, reconociendo de manera explícita y terminante la legitimidad del estado civil del menor ó su derecho á los bienes ó derechos disputados, porque tal reconocimiento anularía, si vale decirlo, todo lo actuado y equivalía á la no existencia del pleito.

El artículo, en los dos incisos de que nos ocupamos, menciona sólo al menor, omitiendo al incapaz. ¿Por qué esta omisión? No acertamos á comprender su fundamento, sobre todo respecto

del loco ó imbécil. La incapacidad del menor es temporal. Llegada su mayor edad puede repetir contra los actos que el tutor ó el consejo de familia hayan ejecutado con mala fe ó con daño de sus intereses; pero la del loco puede ser perpetua. Por este motivo son más peligrosas en este caso las causas de inhabilitación de los números 8.° y 9.° que en el del menor, y menos prudente no establecerlas expresamente. No obstante la omisión del artículo, nuestra creencia es que cabe extender el precepto al incapaz, porque si existe igual ó mejor razón, debe aplicarse derecho semejante.

10. *Los que adeuden al menor sumas de consideración, á menos que, con conocimiento de la deuda, hayan sido nombrados por el padre, ó en su caso, por la madre.*—Los fundamentos que explican el establecimiento de las limitaciones de los dos números anteriores, determinan también el de la del presente. A ella es aplicable la consideración hecha sobre la no inclusión del incapacitado en el precepto, creyendo también que la disposición legal comprende indistintamente á éste y al menor.

Por el contrario, la afirmación que hacíamos de que no cesaba la prohibición (en los dos casos de los números 8.° y 9.°) aunque cesare la causa (pleito), no es pertinente aquí. El hecho de deber una persona á otra no es causa de enemistad como el pleito, sino, por el contrario, de gratitud. Si el legislador señala la prohibición, es sólo porque no se quiera prevaler del cargo para evitar ó aplazar el pago. Una vez verificado éste, desaparece el inconveniente que origina la inhabilitación y no hay para qué seguir sosteniendo ésta.

Una aclaración semejante á las expuestas en los dos incisos precedentes hemos de hacer respecto de algunas de las palabras del número objeto de nuestro examen. Dice «los que adeuden al *menor* sumas de consideración,» pareciendo con esto que la deuda ha de haber sido contraída directamente con el menor, y, en nuestra opinión, no es esto lo que ha querido expresar el artículo. Éste es verdad que habla del menor, pero como se trata del caso de la tutela, se refiere indudablemente al en que ésta tiene lugar por muerte ó incapacidad de los padres. Entonces sí, la suma se debe al menor, no personalmente, sino como heredero del padre ó de la madre. A estas deudas se refiere, principalmente á las contraídas con los padres antes de su muerte, puesto que el menor

no puede contratar, sin perjuicio de regir también el precepto al caso de que el acreedor directo sea el hijo por hallarse emancipado. También será concerniente al que, siendo deudor del menor ó incapacitado, fuese llamado á ejercer la tutela por muerte ó remoción del tutor existente.

Tampoco fija la cuantía de la deuda, debiendo quedar, por consiguiente, al arbitrio del consejo de familia, quien la fijará atendiendo el capital del menor. No basta una deuda pequeña; el Código quiere que sea de consideración.

11. *Los parientes mencionados en el párrafo segundo del art.* 293 *y el tutor testamentario que no hubiesen cumplido la obligación que dicho artículo les impone.*—Los parientes á que se refiere este número son, tratándose de la tutela, los llamados á la legítima y el tutor testamentario. Por consiguiente, respecto del consejo de familia serán los llamados al legítimo, es decir, los que son vocales del mismo por ministerio de la ley y las personas designadas para tal cargo en su testamento por el padre ó la madre.

Ya dijimos en el comentario del art. 237 que este artículo era de difícil cumplimiento, y aquí añadimos que de imposible, si se atiende al tenor literal de sus palabras. Si la persona ó pariente que no cumpla la obligación del art. 293, ó sea poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar á la tutela, incurre por esta mera omisión en la pérdida del derecho, resulta que para evitar esto deberán todos guardar el citado precepto legal, es decir, que se verificarán infinidad de reclamaciones al Juez municipal para un mismo fin. Evitaríase este defecto con sólo expresar «los que no hubiesen cumplido *en su caso* la obligación,» etcétera, y en términos aún más claros, «los que no hubiesen cumplido en el orden que determina dicho artículo la obligación impuesta en él.»

La disposición ha de entenderse, para que resulte práctica á la vez que lógica, en el sentido de que debe cumplir la obligación el que desde luego haya de formar parte del consejo.

12. *Los religiosos profesos.*—Consignado quedó en el art. 237 el fundamento de esta prohibición respecto del caso del tutor, y nada tenemos que añadir en cuanto al consejo de familia. La razón que existe para exceptuar al religioso profeso del cargo de tutor, protutor é individuo del consejo es la misma: la incompatibidad de la vida monástica con la civil.

13. *Los extranjeros no residentes en España.*—Si censuramos con severidad los defectos de que adolece el Código español, no vacilamos tampoco en prodigarle las más entusiastas alabanzas cuando es acreedor á ellas. El precepto de este número, consecuencia indeclinable de la hermosa doctrina del 27, declarativo de la igualdad de derechos de españoles y extranjeros, es un justo homenaje rendido al progreso jurídico y á las corrientes de la ciencia moderna. El extranjero es capaz para ejercer el cargo de tutor, protutor é individuo del consejo de familia, con una sola limitación, independiente de su calidad de extranjero: la de que resida en España.

¿Qué significa esta palabra residencia? ¿A qué extranjeros concierne? Preguntamos esto porque el Código no distingue de clases de extranjeros. En nuestro sentir, se refiere á los llamados extranjeros domiciliados por el art. 4.° del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852 (*véase comentario del art.* 17), ó sea aquellos que se hallen establecidos con casa abierta ó residencia fija ó prolongada por tres años, y bienes propios ó industriales, y modo de vivir conocido en territorio de la Monarquía, con el permiso de la autoridad superior civil de la provincia. Con intención no hablamos de los que hayan ganado vecindad, porque éstos, según el núm. 1.° del art. 17 del Código, son españoles. Como disposición interesante, mencionaremos la del art. 102 de la ley de Registro civil de 17 de Junio de 1870 (1). Creemos también que, dado el precepto del art. 27, el del número que estudiamos y el espíritu que informa al Código español en lo relativo á la capacidad de los extranjeros, no será requisito indispensable la residencia de los tres años, sino un tiempo más corto, siempre que vaya acompañado del ánimo de residir en nuestro territorio, expresado en la

(1) Los extranjeros que hayan ganado vecindad en un pueblo de España gozarán de la consideración y derechos de españoles desde el instante en que se haga la correspondiente inscripción en el Registro civil.

Al efecto, deberán presentar ante el Juez municipal de su domicilio justificación bastante, practicada con citación del Ministerio público, de los hechos en virtud de los cuales se gana dicha vecindad, renunciando en el acto á la nacionalidad que antes tenían.

De los hechos comprendidos en la justificación practicada y de esta renuncia, deberá hacerse mención expresa en el asiento respectivo.

forma que determina el art. 110 de la citada ley del Registro civil (1).

El art. 298 establece un caso de inhabilitación que denominaremos voluntario, por cuanto que depende de la voluntad particular, en oposición á legal, carácter que revisten los hasta aquí enumerados, porque son establecidos por la ley. Es dicho caso el del párrafo segundo del artículo citado, que dice que «no podrán tampoco ser vocales las personas á quienes el padre, ó la madre en su caso, hubiesen excluído en su testamento de este cargo.» ¿Es absoluta esta facultad de los padres? ¿Prevalecerá sobre el derecho creado por la ley? Queremos decir con estas palabras que si la exclusión de los padres en el testamento bastará para inhabilitar para el ejercicio del cargo á cualquiera de las personas que, según el art. 294, con especialidad en su párrafo primero, son vocales natos del consejo de familia legítimo. Nuestra opinión es afirmativa. De no ser absoluta la facultad de los padres, no tendría objeto. El Código la establece precisamente para que los padres puedan excluir aquella ó aquellas personas, cualesquiera que sean, que no les ofrezcan la suficiente garantía para el cuidado de la persona y bienes de sus hijos. Si la ley impusiere á los padres limitación, caería por su base el derecho concedido, porque muy bien podría suceder que la persona sospechosa á los mismos estuviese comprendida dentro de la excepción. Debe ser, pues, absoluta la facultad de los padres por constituir una condición inherente é indispensable para su ejercicio.

Hay una última causa de inhabilitación no establecida en el artículo 237, á saber: la consignada en el 299, ó sea la de desempeñar á la vez el cargo de tutor ó protutor de una persona. El pre-

(1) Los extranjeros que quieran fijar su residencia ó domicilio en territorio español deberán declararlo así ante el Juez municipal del pueblo en que piensen residir, quien procederá en el acto á la correspondiente inscripción en el Registro de ciudadanía, expresando en el asiento también, con referencia á la simple manifestación del declarante y sin exigirle la presentación de las respectivas partidas de nacimiento y matrimanio, su nombre y apellido, los de su padre, esposa é hijos, su edad, lugar de nacimiento, y su profesión ú oficio Igualmente declarará el interesado, y se expresará en la inscripción, el objeto que se proponga al fijar su domicilio en España, como si es el de ejercer el oficio ó profesión que haya declarado, el de arraigarse y vivir de sus rentas ú otro cualquiera.

cepto es justísimo: el cargo de tutor, protutor ó vocal del consejo de familia, aunque tenga un fin común, como es el cuidado de la persona y bienes del menor ó incapacitado, supone diversidad de funciones, incompatibles en algunos casos unas con otras. El tutor, que necesita autorización del consejo de familia para los actos más importantes de la tutela, ¿cómo habrá de formar parte de él y manifestar su opinión como individuo del mismo? El tutor y el protutor deben y tienen que ser dos personalidades distintas del consejo de familia, que es el Tribunal que ha de decidir sobre las pretensiones de ambos, sobre todo del tutor. El caso en que uno de éstos fuere á su vez miembro del consejo equivaldría al de un Magistrado, tutor de un menor ó de un incapacitado, que acudiese al Tribunal de que formaba parte, á fin de que se resolviera sobre lo solicitado por el mismo tutor.

La prohibición es recíproca por la naturaleza y la causa que la origina: la incompatibilidad entre unos y otros cargos. Así, la persona que sea miembro del consejo de familia, no podrá ser tutor ó protutor.

Una cuestión de alguna importancia se deriva de las consideciones expuestas. Una persona es vocal de un consejo de familia de determinado menor ó incapacitádo, y por muerte ó remoción del tutor es llamado á este cargo por la ley (respecto del mismo menor ó incapaz), ó por el contrario, ejerce el cargo de tutor, y por fallecimiento ó destitución de uno de los vocales del consejo le corresponde formar parte de él con arreglo al art. 294. Por ejemplo: *A* es individuo del consejo de familia para la tutela de *B*. Por alguna de las causas indicadas queda vacante la tutela y es *A* quien debe ejercer la de *B*. Viceversa, *A* es tutor de *B*, Muere un vocal del consejo y es *A* el llamado á sustituirle. ¿Podrá *A* renunciar el cargo primero para ejercer el segundo? Respecto del de tutor y protutor no admite duda la contestación. El artículo 202 dice que son renunciables en virtud de causa legítima debidamente justificada. ¿Se refiere este artículo sólo á las excusas consignadas en el art. 244? Ya expusimos nuestra opinión en el comentario del art. 202. «Éste—manifestábamos—habla de causa legítima. Si su propósito hubiese sido limitarlas exclusivamente á las de excusa, lo hubiera dicho. Cuando guarda tan prudencial silencio es indudablemente porque entiende que una cosa es *renuncia* y otra *excusa*, siquiera la diferencia sea tan

tenue que apenas se perciba. Es contrario de las normas jurídicas, basadas en la más pura razón, forzar á una persona á desempeñar la tutela de un menor ó de un incapaz, cuando renuncia, no á impulsos del capricho y por evitarse molestias, sino cediendo á una causa que estima incompatible con el ejercicio de la función tutelar y cuya causa justifica.» Ahora bien: ninguna causa más legítima que la incompatibilidad de poder desempeñar á un tiempo dos cargos, y la necesidad de optar por uno de ellos, fundada la elección en el interés y provecho del sometido á tutela.

No existe ningún precepto sobre la renuncia del cargo de vocal del consejo de familia. Dado, no obstante, el espíritu igualitario entre este cargo y el de tutor ó protutor del art. 298, no será tachable de temerario afirmar que es también renunciable alegando causa legítima. Si es renunciable lo más (cargo de tutor ó protutor), ¿por qué no ha de serlo lo menos (vocal del consejo), porque, en efecto, éste no tiene la importancia de aquél? El beneficio del menor ó incapacitado constituirá asimismo la principal causa legítima de la renuncia, más ostensible en este caso que en el otro, puesto que no puede menos de presumirse provecho para el que esté sujeto á guarda que ejerza ésta el que es llamado á ella.

La mayoría de las causas de inhibición que menciona el Código español están consignadas en los extranjeros. El nuestro añade, sin embargo, algunas, y consideramos conveniente exponer las diferencias entre el mismo y los demás para ver las introducidas por aquél. El francés y el belga contienen únicamente (artículos 442 al 445) las señaladas en el nuestro con los números (del art. 237) 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º, 8.º y 9.º El italiano (artículos 268 y 289) las de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º El portugués (art. 234) las comprendidas en éstos: 1.º, 4.º, 5.º, 7.º, 8.º, 9.º y 10, con una más respecto de los Jueces especiales y el curador de los huérfanos, que no podrán ser tutores, protutores ni vocales del consejo (las diversas causas de inhabilitación son comunes á estos tres cargos) en los Juzgados del domicilio del menor ó en el que radicasen sus bienes.

Una advertencia haremos relativa á la inhabilitación de las mujeres. La prohibición es absoluta en nuestro Código, en tanto que en los mencionados es relativa, diferencia señalada ya en el número 7.º del artículo comentado.

Excusas.—1.° *Ministros de la Corona.*—Consignado quedó en en el art. 244 (véase tomo IV) la causa de esta excepción, derivada de la naturaleza propia del cargo. Se apoya—expresábamos—sobre la base de la constante actividad en el desempeño verdaderamente febril del espinoso y envidiado cargo ministerial.

2.° *Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Tribunal de Cuentas del Reino.*—Lo elevado del cargo y la importancia de sus funciones han sido, á no dudar, el fundamento del derecho de excusa, que por lo mismo que es especialísimo, ofrece el carácter de privilegio.

Obsérvase una omisión en el Código, indisculpable por la razón que expondremos. Por ley de 13 de Septiembre de 1888 se creó el Tribunal Contencioso-administrativo (organismo anejo al Consejo de Estado), compuesto, según el art. 8.°, por once Ministros, individuos de dicho Consejo, de los cuales uno será Presidente. El Código, pues, que concede el derecho de excusa al Presidente del Consejo de Estado y al del Tribunal de Cuentas, no menciona al de lo Contencioso-administrativo, verdadero Tribunal Supremo en esta materia, por la organización que le da y la competencia que le atribuye la citada ley. La omisión es indisculpable, como decíamos antes, dado que la ley creando dicho alto Cuerpo es de 13 *de Septiembre* de 1888, y el Código comenzó á publicarse en virtud de Real decreto de 6 *de Octubre* de igual año, y la edición reformada por el de 24 *de Julio* de 1889.

No obstante la omisión, creemos que el Presidente del Tribunal de lo Contencioso-administrativo se halla comprendido implícitamente en el núm. 1.° del art. 244, dada la naturaleza de su cargo y la índole del Tribunal.

3.° *Arzobispos y Obispos.*—Las Partidas consideraban incapacidad lo que el Código establece como excusa. En el número 3.° del art. 244 explicábamos lo racional del precepto moderno en esta forma: «Que los religiosos profesos no puedan ser tutores y protutores es una derivación lógica de la condición en que están después de la profesión y de los votos solemnes é inquebrantables de obediencia, pobreza y castidad. Empero los Obispos y Arzobispos, á más de no estar sujetos al voto de obediencia, tampoco lo están al de pobreza; lejos de vivir en comunidad y sujetos á la austeridad y estrechez de las reglas monásticas, go-

zan de una independencia adecuada á la naturaleza de las funciones episcopales relativas al culto de Dios y á la administración de las cosas sagradas... En estas condiciones salta á la vista que no hay motivo que fundadamente pueda reputar ese argumento en pro de la incapacidad de los Arzobispos y Obispos para el ejercicio de la tutela y protutela (y en el caso presente para el de vocal del consejo de familia), cargo á todas luces piadoso y cuyos dos fines esenciales son la educación moral del menor y la administración de sus bienes.»

El Código novísimo, deslindando los campos—decíamos en otro párrafo del mismo artículo y número,—ha reducido la antigua causa de incapacidad á causa de excusa; y como tal voluntaria, y hoy los Arzobispos y Obispos pueden, si así les place, desempeñar la tutela y protutela (y aquí añadimos el cargo de miembro del consejo) de los menores huérfanos y mayores incapacitados.

4.° *Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal.*—Al tratar de esta excusa en el art. 244, resolvimos la duda de si alcanzaría á los Magistrados, Jueces y Fiscales del orden eclesiástico, en sentido afirmativo. A las razones en él expuestas, debemos añadir la de que los Tribunales eclesiásticos son competentes por disposición expresa de la ley para entender de las causas de divorcio ó nulidad de matrimonio y de los demás de los Sagrados Cánones, en virtud de lo dispuesto en el decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868 y Real decreto de 9 de Febrero de 1875 *(tomo II, art. 80, Precedentes legales);* de modo que los individuos de dichos Tribunales especiales deben gozar de iguales derechos que los que pertenezcan á los demás. La franquicia, si vale la frase, la concede el legislador por motivo de la función que desempeñan: administrar justicia; luego ha de alcanzar á todos los que intervengan en ella, ya en el orden civil, ya en el canónico ó administrativo. Por esta razón es indudable que la excusa ha de extenderse también á los Ministros del Tribunal Contencioso-administrativo. No así á los miembros de los Tribunales provinciales de esta índole (1). Unos están comprendidos expresamente dentro

(1) Art. 15. Constituirán el Tribunal provincial el Presidente de la Audiencia territorial y dos Magistrados de la Sala de lo civil, en las capitales donde exista Audiencia territorial; en todos los demás, el Presidente y dos Magistrados de las Audiencias de lo

del caso que aludimos por tratarse de Magistrados, y los otros, los que tienen derecho á ser individuos de dichos Tribunales sin pertenecer á la carrera judicial, son elegidos anualmente por sorteo, siendo su cargo temporal y sus funciones reducidas, pues sólo conocen de determinados trámites de los pleitos.

Reproducimos también en este artículo respecto del cargo de vocal del consejo de familia la opinión sustentada por nosotros en el art. 244, con relación al de inhabilitación de ser tutor el Magistrado ó Juez en el territorio de su jurisdicción. Hicimos resaltar allí la incompatibilidad entre estos cargos y el ejercicio de la tutela, la misma que media para el de vocal del consejo. El tutor podría recurrir al Juez contra un acuerdo del consejo del que formaba parte éste, y se daría el caso, rechazado por la ley y los principios mas elementales de justicia, de ser juez y parte en un mismo asunto, puesto que surgirían todos los inconvenientes señalados en el repetido art. 244.

Los Jurados ¿podrán excusarse? Atendiendo á la naturaleza del cargo, similar en cierto modo al de los Magistrados propiamente tales, puesto que la ley de 20 de Abril de 1888 habla del «Tribunal del Jurado»; teniendo en cuenta que la función que desempeñan el Jurado y el Magistrado es la misma, la administración de justicia, parece que hay que responder afirmativamente; pero hay otra razón poderosa para sustentar la contraria: la diferencia entre unas y otras en cuanto á la duración de la fun-

---

criminal de las capitales de provincia, y en unas y en otras dos Diputados provinciales letrados, *elegidos por sorteo anual*.

Sólo concurrirán los Diputados provinciales á la resolución de incidentes sobre excepciones dilatorias y al fallo definitivo de los pleitos.

Art. 17. Cuando no lleguen á cuatro los Diputados letrados sorteables, para completar el número de dos titulares y cuatro suplentes, se sortearán todos los vecinos de la capital comprendidos en las categorías siguientes:

1.ª Magistrados y Jueces cesantes y sus asimilados del Ministerio fiscal.

2.ª Catedráticos activos ó excedentes de la facultad de Derecho.

3.ª Profesores del Instituto ó de las Escuelas de Comercio que tengan la cualidad de letrados.

4.ª Abogados que sean ó hayan sido decanos del Colegio ó acrediten el ejercicio de la profesión por más de dos años.

ción social que ejecutan ambos. La desempeñada por el Magistrado es constante, porque su cargo es permanente: la del Jurado es temporal, porque su cargo lo es también. De ahí que pueda excusarse el Magistrado, porque la incompatibilidad ó imposibilidad de ejercer el cargo de tutor, protutor ó vocal de un consejo es perpetua ó por lo menos infinita en el sentido de que no se sabe la fecha en que terminará, cosa que no sucede en el Jurado, cargo que dura sólo cuatro meses consecutivos (aun cuando después pueda recaer en él de nuevo), período breve que no cabe estimar como no posible de resistir por el trabajo emanado del doble carácter de individuo del Tribunal del Jurado y del consejo de familia.

5.° *Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno.*

6.° *Los militares en activo servicio.*

7.° *Los eclesiásticos que tengan cura de almas.*

8.° *Los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos.*

9.° *Los que fueren tan pobres, que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.*

10. *Los que por el mal estado de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no pudieren cumplir bien los deberes del cargo.*

11. *Los mayores de sesenta años.*

12. *Los que fuesen ya tutores ó protutores de otra persona.*

Todos estos casos de excusa son sencillos, bastando para su comprensión lo expuesto en el art. 244. Sólo respecto de los dos últimos expondremos una consideración.

Pueden excusarse—dice el núm. 11—los mayores de sesenta años. ¿Cuándo han de cumplir esta edad? El artículo habla indudablemente de los que al constituirse la tutela ó el consejo hayan cumplido dicha edad. Pero como que la constitución de una y otro, especialmente de la tutela, comprende diversos actos, creemos que si antes de constituirse definitivamente, en el período que transcurra desde el nombramiento hasta que haya de entrar á ejercer el cargo, cumple la edad mencionada, valdrá la excusa. Ampliaremos esto con un ejemplo. Muerto el padre viudo, se abre su testamento y aparece en él designado tutor *B*. El consejo de familia, en la reunión primera para la constitución del consejo, le nombra y reconoce como tutor. *B* no tiene en tal momento sesenta años, pero los cumple pasado este instante, antes

de la prestación de fianza ó de la inscripción de su nombramiento en el Registro de tutelas. ¿Podrá alegarse entonces la excusa? ¿Producirá el efecto de eximir á *B* del cargo de tutor? Nuestra opinión es afirmativa. Entendemos que no sólo en este caso, sino aun después de entrado en el ejercicio de la tutela, puede alegarse la excusa, es decir, en el momento en que se cumplan los sesenta años, cualquiera que sea éste, disposición aplicable igualmente al vocal del consejo. La ley establece la excepción atendiendo la circunstancia de proporcionar trabajos y deberes tan rigurosos de cumplimiento como los de la tutela ó vocal del consejo á los que, hallándose en la última etapa de la vida, necesitan descansar de la lucha incesante que ésta supone, y acaso teniendo en cuenta la disminución de energía de las facultades intelectuales en el período de la senectud.

Hay un fundamento legal, ó mejor dicho, judicial, que abona nuestra opinión: la interpretación dada por los Tribunales al caso 1.º del art. 13 de la ley de 20 de Abril de 1888 estableciendo el juicio por Jurados. Manifiesta dicho número que pueden excusarse de ser jurados los mayores de sesenta años, palabras iguales á las del núm. 11 del art. 244 del Código. Pues bien: la excusa debe ser admitida, no sólo cuando se pide la exclusión en el período de rectificación de las listas, sino pasado éste, en cualquier momento en que se cumpla la edad, por ejemplo, al verificarse el sorteo de los Jurados.

Estas consideraciones expuestas en cuanto á la excusa por razón de edad, son aplicables igualmente á todas. La mera concurrencia de una causa determina fatalmente la aplicación de sus efectos, cualquiera que sea el instante en que aquélla tenga lugar. Así, si una persona es tutor, protutor ó vocal del consejo de familia de un menor ó de un incapacitado, y después de entrado en el ejercicio del cargo, es nombrado Presidente de alguno de los Tribunales mencionados en el núm. 2.º del art. 244, ó Gobernador ó viniere á la pobreza de que habla el inciso 9.º del mismo artículo, etc., etc., podrá excusarse del cargo alegando la causa que motiva la excepción. No otra cosa consigna el art. 248 al permitir alegar las causas de exención, *posteriores* á la aceptación de la tutela y por analogía del cargo de vocal del consejo.

Veamos el caso del núm. 12. Estamos estudiando el art. 298 en relación con el 244, es decir, las personas que pueden excu-

sarse del cargo de vocales del consejo de familia. Por consiguiente, donde dice el núm. 12 del art. 244 «los que fueren ya tutores ó protutores de otra persona,» debe leerse en el caso presente, «los que fueren individuos de otro consejo.» Esto es evidente; pero preguntamos: los que tengan el cargo de tutor ó protutor de una persona, ¿podrán excusarse de formar parte del consejo de familia de otra, y viceversa, los que sean miembros de un consejo cabe que aleguen esto para excusarse de ser tutor ó protutor? Nuestro criterio nos conduce á contestar en términos afirmativos. Fúndase la excusa del núm. 12 del art. 244, no en la analogía de funciones, esto es, en que la persona que es tutor no puede ejercer otra tutela, sino en el deseo del legislador y en la conveniencia para el menor ó incapacitado de que dicha persona no adquiera sobre sí trabajo tan grande que le sea imposible desempeñar con acierto su misión y resulte perjuicio para su representado. Por consiguiente, donde quiera que se ofrezca esta circunstancia (exceso de trabajo por acumulación de funciones), debe ser admitida la excusa, que indica hasta buen deseo por parte del que la alegue. Una sencilla consideración demostrará la pertinencia de las expuestas con antelación. En virtud del precepto del art. 298, relacionado con el inciso 12 del 244, puede excusarse del cargo de vocal del consejo de familia el que fuese ya vocal de otro; ¿por qué no ha de servir de excusa para este cargo el desempeño de la tutela, cuyas funciones son más complejas y exigen mayor trabajo y atención que aquélla? Lo mismo en el caso contrario: ¿por qué al que esté ya ejerciendo de tutor ó protutor se le ha de aumentar su no escaso y en ocasiones poco agradable trabajo, obligándole forzosamente á ser vocal de un consejo? Abrigamos la esperanza de ver implantada nuestra opinión en la prática por resolución de los Tribunales. La excusa reconoce por causa, no tanto la calidad de las funciones como la cantidad de ellas; así es que todo cuanto suponga aumento de las mismas, debe servir de excusa. No se crea que lo consignado aquí implica contradicción con la doctrina del art. 299, que al declarar que el tutor y el protutor no podrán ser á la vez vocales del consejo de familia de la misma persona sometida á tutela, de donde se deduce que pueden serlo de otra, porque esto concierne á la inhabilitación, es decir, á la incapacidad, y nosotros hablamos de la excusa, esto es, de si teniendo capacidad

para serlo, pueden excusarse. No negamos la capacidad: lo que sostenemos es que la dualidad de cargos no es obligatoria.

Extinguida una causa, cesa el efecto. Por esto, cesando el motivo que produjo la excusa, no debe ésta prevalecer. Consígnalo así el art. 246 en términos en extremo acertados y laudables al decir que «los excusados pueden, á petición del tutor ó protutor, ser compelidos á admitir la tutela (y lo mismo el cargo de vocal del consejo) luego que hubiese cesado la causa de la exención.» Esta doctrina es justísima, y merece nuestro incondicional aplauso. Quien se excusó del cargo que la ley le impone debe poder ser compelido á su desempeño una vez terminada la causa del privilegio, por quien le sustituye en él, pero sería arbitrario que el que en un principio rehuyó el cumplimiento de la obligación viniese luego á suspender en sus funciones al que había entrado á ejercer éstas por la renuncia de aquél. El Código admite la obligación por parte de los que se excusaron de la tutela de desempeñar, en su caso, el cargo de tutor, cuando lo soliciten éste ó el protutor; rechaza el derecho de aquéllos para destituir al tutor en ejercicio y ocupar este puesto.

Estudiemos, bien que de manera breve, la doctrina del Código español comparativamente con la de los extranjeros. El Código francés (y el belga) no consignan precepto expreso sobre las excusas del consejo de familia; sólo el art. 413 declara que «todo pariente, afín ó amigo que haya sido convocado y no comparezca sin tener para ello excusa legítima, sufrirá una multa que no excederá de 50 francos.» ¿Cuáles serán tales excusas? Los Códigos citados se refieren, á no dudarlo, á las de la tutela, dada la íntima analogía que entre ambas instituciones establece el Código Napoleón, hasta el punto de tratar del consejo de familia dentro del capítulo de la tutela, y no en sección especial, sino en la de ésta conferida por el consejo.

Las excusas se encuentran comprendidas dentro de los artículos 247 al 436, siendo equivalentes á las que llevan los números 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 8.º, 10 (enfermedades graves, no las demás), 11 (sesenta y cinco años en vez de sesenta) y 12 (pero dos tutelas) del art. 244 del nuestro.

El de Portugal contiene una disposición especial, la del artículo 233, que manifiesta que «á las excusas de los vocales del consejo de familia serán aplicables las disposiciones de los nú-

meros 7.° y 8.° del art. 227 y las de los artículos 228, 229 y su párrafo.» Infiérese de esto que sólo se pueden alegar en el derecho portugués como excusas del cargo del consejo de familia las de la tutela y protutela mencionadas en los números 7.° y 8.° del artículo 227, ó sea la de ser mayor de sesenta años y el padecer una enfermedad crónica que imposibilite para salir de su casa y para ocuparse personalmente de sus propios negocios. Los artículos 228 y 229 tratan, el primero, de doctrina análoga á la del artículo 245, y el segundo del procedimiento para alegar las excusas; por eso no hacemos más que indicar su contenido.

El Código italiano tampoco determina y detalla las causas que excusan del cargo de vocal del consejo de familia. En su art. 254 expresa únicamente que «el pretor, por razón de la distancia ó por otros graves motivos, podrá dispensar del cargo de individuo del consejo de familia á las personas que lo soliciten.» En cuanto á los de la tutela y protutela, el 272 enumera los análogos á las de los incisos (del art. 244 del Código español) 1.°, 2.°, 4.° (sólo los Fiscales de los altos Tribunales), 5.°, 6.°, 8.°, 10 (mal estado de salud), 11 (mayores de sesenta y cinco años) y 12. No menciona la de los números 3.°, 4.°, 7.° y 9.°, pero añade: «los príncipes de la familia Real, no tratándose de otros príncipes de la familia, y las personas que desempeñen una misión del Gobierno fuera del territorio nacional, ó que por razón de un servicio público se encuentran fuera del territorio del Tribunal en que la tutela esté constituída.»

Remoción.—1.° Los que, después de deferido el cargo de vocal del consejo incurran en alguno de los casos de incapacidad que previenen los números 1.°, 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 8.°, 12 y 13 del artículo 237.

Si todos estos diversos casos son causa de inhabilitación para el desempeño del cargo de tutor, protutor ó vocal del consejo si existen con anterioridad al ejercicio de los mismos, natural es que lo sean de remoción cuando tengan lugar después de conferido al tutor, protutor ó vocal del consejo la posesión de sus respectivos cargos. El precepto se impone, y el legislador español lo ha consignado.

Remover vale tanto como mudar una cosa de un lado á otro, obviar algún inconveniente, y la remoción supone que el removido lo ha sido por fuerza procedente de un tercero. De aquí que

dicha palabra no sea del todo propia, aplicada al inciso 1.°, en el caso del loco, puesto que lo que sucede es que se incapacita, y aun en cierto modo en los números 12 y 13, porque la remoción depende de la imposibilidad de ejercer el cargo.

2.° *Los que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido el consejo de familia y pedido el nombramiento de protutor, ó sin haber prestado la fianza cuando deban constituirla, é inscrito la hipotecaria.*

3.° *Los que no formalicen el inventario en el término y de la manera establecida por la ley, ó no lo hagan con fidelidad.*

Ninguno de estos dos casos es aplicable al vocal del consejo de familia: hacen relación exclusiva al tutor. Aquél no debe pedir el nombramiento de protutor, ni prestar fianza, ni formalizar el inventario: son todos deberes propios de éste. Su falta de observancia sólo puede, por tanto, perjudicar al encargado de cumplirlos.

4.° *Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ó sea en el ejercicio del cargo de vocal del consejo.*—Si es obligación ineludible de todo cargo el cumplimiento fiel y rigoroso de las funciones propias de él, hay que estimar indeclinablemente como causa de suspensión de su ejercicio el desempeño torpe ó doloso del mismo.

La mala fe merecerá mayor censura que la negligencia; mas una y otra son perjudiciales. «La tutela—decíamos en el art. 238 — y el consejo de familia — añadimos — están para defender al menor, no para precipitarle en la ruina. La disposición del artículo, aunque parece referirse únicamente á la mala fe del tutor ó del vocal, comprende, ó al menos debe comprender, la ineptitud de ambos.

La apreciación de la conducta buena ó mala, favorable ó desfavorable, para el menor ó incapacitado, del tutor ó del miembro del consejo, es una cuestión de hecho, dependiente de las circunstancias de cada caso, imposible por este motivo de determinar *a priori* en líneas generales. El caso se presenta más fácil aún con relación al tutor. Los malos tratamientos al menor; su poco cuidado por la persona del incapaz; no rendir cuentas anuales de su gestión; no pedir al consejo de familia la autorización necesaria; procurar eludir los acuerdos de éste, son todos hechos que pueden servir de base para la remoción, como quiera que indican por lo menos un cumplimiento poco exacto de sus debe-

res. Hay, además, que el tutor es una sola persona, cuya conducta puede examinar y juzgar el consejo; ¿pero cómo y cuándo censurar la de uno ó varios de los individuos de éste? Si el consejo de familia procede siempre colectivamente, ¿cómo ha de estimarse que alguno de sus miembros desempeña mal su cargo? No vemos ni acertamos á establecer otra regla que la siguiente: se entenderá que un vocal del consejo procede mal en el ejercicio de su cargo siempre que su voto disienta del de la mayoría y sea notoriamente perjudicial para el sometido á tutela, sobre todo si la discrepancia es constante ó repetida, y aún mejor en el caso de que exista congruencia entre la conducta del tutor removido, ó que se pretenda remover, y la del individuo del consejo que se encuentre en circunstancia análoga, es decir, que el voto de éste sea favorable á la petición del tutor y contrario al de la mayoría del consejo. Se nos objetará que, confabulados precisamente los que se conduzcan mal en el desempeño de sus funciones, pueden formar mayoría. En este caso, la cuestión revestirá otro carácter. El vocal ó vocales que hayan disentido de la mayoría podrán alzarse ante el Juez de primera instancia, y éste decidirá sobre quién ha procedido con arreglo á justicia.

Los Códigos francés, belga y portugués no contienen disposición expresa sobre la remoción de los vocales del consejo. Se ocupan sólo de la de tutores y protutores, señalando como causas las que determinan la incapacidad para el cargo. El de Portugal menciona además en los números 1.°, 2.° y 3.° del art. 235, los de los incisos 2.°, 3.° y 4.° del 238 del nuestro.

El italiano habla mancomunadamente en los artículos 268 al 270 de las causas de incapacidad y remoción de los tutores, curadores é individuos del consejo de familia, que no repetiremos en este sitio por haberlos expuesto ya al tratar de la inhabilitación.

El Código español desarrolla en los dos artículos que comentamos el derecho sustantivo en materia de inhabilitación, excusas y remoción; no contiene precepto ni indicación alguna sobre el adjetivo. No queriendo hacernos cómplices de la duda que envuelve el silencio del Código, trataremos de determinar el procedimiento que ha de seguirse para declarar la inhabilitación y remoción, y la entidad que ha de acordarlas, así como admitir ó desechar las excusas.

Dada la conexión entre los cargos de tutor y vocal del consejo, parece que no hay más que aplicar las reglas que establecen los artículos 238 y 239 respecto de la incapacidad y remoción, y los 247 al 249 para las excusas. Pero si á primera vista ocurre pensar así, ahondando la cuestión, el criterio expuesto se presenta con carácter menos firme y asalta el temor y la vacilación.

La cuestión es clara, ó por decir mejor, no existe en el caso de la incapacidad ni en el de la excusa. Ésta deberá alegarse y aquélla se podrá declarar en la Junta para la formación del consejo. Mas aun en este caso no es el consejo de familia quien decreta la incapacidad, ó admite ó rechaza la excusa. Es el Juez municipal, que, según el art. 300, preside la Junta citada, y á quien, conforme al 301, corresponde la formación del consejo como se desprende de estas palabras: «Formado el consejo de familia por el Juez municipal, etc.» No es, por lo tanto, el consejo, repetimos, porque éste no se encuentra aún constituído, puesto que precisamente la primera junta es para su constitución, y mal puede funcionar una entidad *non nata*. Contra la resolución declarando la inhabilitación podrá acudir ante el Juez de primera instancia dentro de los quince días siguientes á la notificación del acuerdo, por analogía con lo dispuesto en el art. 240.

Hasta aquí hemos negado la competencia del consejo de familia para conocer de la incapacidad y excusas de alguno ó algunos de sus individuos, en atención á la circunstancia de no estar formado; ¿quiere decir esto que una vez constituído tendrá dicha atribución cuando la causa de inhabilitación ó excusa fuese conocida posteriormente á la aceptación del cargo ó se tratase de remoción? La respuesta no es fácil. Sin embargo, nos atrevemos á aventurar una negación. La razón expuesta no es la única: es una de ellas. El consejo puede declarar la incapacidad, admitir la excusa y acordar la remoción del tutor ó protutor, porque es un Tribunal superior á éstos, que vigila igualmente á uno y otro. Por virtud de esta superioridad la ley le confiere la facultad de constituir la tutela. Ahora bien: un individuo del consejo de familia, varios de éstos, no son de categoría superior á los demás; son iguales; no es posible, por consiguiente, que una parte de ellos decrete la destitución de los restantes. Esta imposibilidad se muestra patente en el caso de que compuesto el consejo de familia de cinco individuos, uno ó dos de ellos estimasen que los otros de-

bían ser removidos. ¿Cómo iban á deliberar el acusador ó acusadores y los acusados? ¿Cómo habían de tomar acuerdo? ¿Cómo iba á prevalecer la resolución de una minoría contra una mayoría? Hay todavía un ejemplo más gráfico. El protutor, por entender que los individuos del consejo se encuentran confabulados con el tutor en perjuicio del menor ó incapacitado, ó que se encuentran comprendidos en alguno de los casos de remoción, trata de obtener ésta; ¿ha de solicitarlo del consejo cuando solicite la destitución de todos sus vocales? Nuestra opinión no es ésta. Ningún individuo de un Tribunal, ya unipersonal, ya colegiado, puede resolver sobre su remoción ó la de uno de sus miembros, porque nadie puede juzgarse á sí mismo. Este es el criterio adoptado en las diversas leyes. El art. 903 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuestiones análogas, dice que «la responsabilidad civil en que puedan incurrir los Jueces y Magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia ó ignorancia inexcusables, solamente podrá exigirse á instancia de la parte perjudicada ó de sus causahabientes, y *ante el Tribunal superior inmediato* al que hubiese incurrido en ella.» La ley orgánica refleja el mismo criterio. El art. 276 declara como atribuciones de las Salas de lo Criminal de las Audiencias las causas contra Jueces municipales, de instrucción y de primera instancia (Tribunales de partido), y el 281, inciso 3.°, de la competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el conocimiento de las causas por delitos cometidos por Magistrados y Fiscales de Audiencias ó del Tribunal Supremo.

Constituyendo, como vemos, una regla fundamental en este punto la de que á un Tribunal debe juzgarle siempre el inmediatamente superior, regla transcrita en el Código civil al declarar al consejo de familia competente para conocer de la inhabilitación, excusa y remoción de los tutores y protutores, entendemos que es aplicable también con relación á los individuos del consejo. ¿Quién deberá estimarse autoridad superior inmediata al mismo? Pudiera indicarse de primera intención al Juez municipal, puesto que es el encargado de formar el consejo, y lo hubiéramos visto con agrado; pero sus atribuciones se limitan á esto, no pasan más allá del período de gestación del consejo. Por tanto, no hay para qué decir que lo será el Juez de primera instancia. ¿Qué procedimiento se seguirá? Por analogía creemos que deberá ser el de

los incidentes establecido en el art. 1.873 de la ley de Enjuiciamiento civil para todas las cuestiones referentes á tutela que hubieren de resolverse en juicio contradictorio, ó el de las apelaciones ante el Juez de primera instancia.

Acaso nuestro modo de pensar no sea cierto; mas preferimos que recaiga la censura sobre nuestra equivocación, que rehuir el estudio de las cuestiones. Si el veredicto del tribunal de la conciencia pública nos condena en éste como en otros casos por el delito intelectual de error, estimamos que el fallo debe alcanzar en buenos principios de justicia á los que han cooperado con nosotros á su ejecución por un acto sin el cual no se hubiere efectuado: por haber dado lugar á la duda.

Derecho vigente.—*Civil.—Personas inhábiles para el cargo de miembros del consejo de familia.*—1.° Los que están sujetos á tutela y á la patria potestad (emancipado voluntariamente ó por el matrimonio).

2.° Los penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público, ya sea el delito consumado, frustrado ó tentativa del mismo, y la participación de la persona de que se trate haya sido la de autor, cómplice ó encubridor.

3.° Los condenados á cualquier pena corporal (excepto el arresto menor), en alguno de los tres grados del delito, y en cualquiera de los tres conceptos en que una persona puede concurrir á la comisión de aquél, mientras no extinga su responsabilidad por alguno de los medios señalados en el art. 132 del Código penal, á saber: cumplimiento de la condena, amnistía, indulto, prescripción del delito ó de la pena.

4.° La remoción de un consejo de familia anterior, excepto cuando haya obedecido á alguna de las causas contenidas en los números 1.° (locura), 8.° (pleito pendiente con los padres de la persona que tuvo bajo su guarda en la tutela anterior, si no es pariente próximo de la que tenga de nuevo), y 13 (si la remoción obedece á que el extranjero se ausentó de España y vuelve con ánimo de residir).

Dada la íntima analogía que reina entre el cargo de tutor y el de vocal del consejo, la remoción anterior de este segundo deberá considerarse como causa de la inhabilitación para el ejercicio del primero y viceversa.

5.° Las personas de mala conducta ó que no tengan manera de vivir conocida, comprendiendo desde luego al vago, cuya definición da el núm. 23 del art. 10 del Código penal.

6.° Los quebrados y concursados no rehabilitados. Exceptúase el quebrado fraudulento, que no podrá ser rehabilitado por prohibición expresa del art. 920 del Código de Comercio.

7.° Las mujeres, en absoluto.

8.° Los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con los padres del menor ó incapacitado, ó con el menor emancipado sobre el estado civil de éste.

9.° Los que litigaren con los padres del menor ó incapacitado sobre la propiedad ó alguno de los derechos inherentes á ella: accesión, percepción de frutos, deslinde y cierre de heredades.

10. Los que adeuden á los padres del menor ó incapacitado, ó antes si ha obtenido su emancipación ó habilitación, suma de consideración, á no ser que el padre ó la madre, con conocimiento de la deuda, les hayan nombrado. La cuantía que ha de determinar la inhabilitación será proporcional á la del capital del menor. Cesará esta causa de inhabilitación con el pago de la deuda.

11. Los que debiendo formar parte del consejo no hayan puesto en conocimiento del Juez municipal correspondiente el hecho que da lugar á la tutela.

12. Los religiosos profesos.

13. Los extranjeros que no residan en España. Estarán obligados á ser vocales los que residan en los términos que prescribe el art. 4.° del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852 *(residencia de presente)*, y aun los que expresen el deseo de fijar su residencia en el territorio nacional en la forma que determina el art. 110 de la ley del Registro civil *(residencia de futuro)*.

14. Los que el padre ó la madre hubiesen excluído en su testamento.

15. El tutor y el protutor respecto de la tutela de una misma persona. La persona que estando desempeñando el cargo de tutor ó protutor sea llamado al de vocal del consejo, puede renunciar aquél para ejercer éste, y viceversa.

16. El Magistrado y el Juez en el territorio de su jurisdicción.

Excusas.—Pueden excusarse: 1.° Los Ministros de la Corona.

2.° Los Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Contencioso-administrativo, del

Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Tribunal de Cuentas del Reino.

3.° Arzobispos y Obispos.

4.° Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio Fiscal, del orden civil y del eclesiástico, y los Ministros del Tribunal Contencioso-administrativo.

5.° Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno: Gobernadores civiles y Delegados de Hacienda.

6.° Los militares en activo servicio, comprendiendo dentro de este concepto los diversos cuerpos é institutos mencionados en igual número del art. 244.

7.° Los eclesiásticos que tengan cura de almas.

8.° Los que tengan bajo su potestad cinco hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio. No estarán incluídos en este caso los padres cuyos hijos hayan sido emancipados ó adoptados.

9.° Los que fueren tan pobres que no puedan ejercer la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

10. Aquellos cuyo mal estado de salud les impidiere ocuparse de la tutela.

11. Los que no sepan leer ni escribir.

12. Los mayores de sesenta años.

13. Los que fuesen ya individuos de otro consejo ó tutor ó protutor de otra persona.

Las excusas deberán alegarse en la reunión para la constitución del consejo, ó dentro de los diez días siguientes al en que le hubiese sido notificado el nombramiento, si no hubiera concurrido á la citada reunión, si son anteriores á uno y otro momento, por analogía con lo dispuesto en el art. 247; siendo posteriores, esto es, originándose la causa de excusa con posterioridad á los dos instantes mencionados, podrán alegarse, de conformidad con lo preceptuado en el art. 248 para la tutela, en el término de diez días, desde que el vocal del consejo hubiese tenido conocimiento de ella.

Remoción.—Serán removidos del cargo de vocales del consejo de familia: 1.° Los que después de haber entrado á ejercer el cargo incurran en alguno de los casos de incapacidad de los números 2.° al 10 del art. 237. 2.° Los que se conduzcan mal en el desempeño de su cargo.

Derecho procesal relativo á la incapacidad, excusa ó remoción de individuos del consejo de familia.—La inhabilitación y la excusa debe ser declarada y admitida respectivamente por el Juez municipal que presida la formación del consejo, cuando la causa de incapacidad ó de excusa sea anterior al momento de la constitución. Siendo posterior, ó en el caso de la remoción, debe entender de ello (así pensamos nosotros) el Juez de primera instancia, como entidad inmediatamente superior al consejo, por los trámites de los incidentes, por analogía con lo dispuesto en el art. 1.873 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó el de la apelación ante el mismo Juez.

ART. 300. La Junta para la formación del consejo de familia será presidida por el Juez municipal. Los citados están obligados á comparecer personalmente, ó por medio de apoderado especial, que nunca podrá representar más que á una sola persona. Si no comparecieren, el Juez podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas.

Concordancias.—Análogo á los artículos 197, 198 y 200 del proyecto de Código de 1851, é igual al 266 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 301. Formado el consejo de familia por el Juez municipal, procederá aquél á dictar todas las medidas necesarias para atender á la persona y bienes del menor ó incapacitado y constituir la tutela.

Concordancias.—Análogo al art. 190 del proyecto de Código de 1851, é igual al 268 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 300 Y 301.—Tratan estos artículos del nacimiento, del modo como adquieren vida legal las dos entidades, consejo de familia y tutela. No es el mismo el momento en que una y otra nacen: el consejo goza de la prioridad, como quiera que es á su vez el progenitor de la tutela. Existe verdadera procreación. El Juez forma el consejo y éste constituye la tutela.

La junta para la formación del consejo ha de ser presidida por la Autoridad judicial, ó sea por el Juez municipal del domicilio del padre ó madre supérstite, ó del fallecido primeramente, si el sobreviviente careciese de patria potestad, ó el del domicilio del menor emancipado, del loco, sordomudo, pródigo ó interdicto.

Es obligatoria la comparecencia—según dice el artículo—ya personal, ya por mandatario especial de una sola persona de los que hubiere citado el Juez municipal, pudiendo imponerles, si no comparecen, una multa inferior á 50 pesetas. ¿Esta multa alcanzará á todos los citados? Ampliaremos la pregunta. El Juez municipal, con arreglo á lo dispuesto en el art. 297, debe citar á los parientes del menor ó incapacitado llamados por la ley que residieren fuera del radio de 30 kilómetros del Juzgado donde radicase la tutela, los cuales sabemos no están obligados á formar parte del consejo de familia. Si alguno de éstos no asiste, ¿podrá el Juez imponerles multa? Pensamos que no, á pesar de los términos absolutos que emplea el artículo. La ley impone esta sanción para los que, teniendo obligación inexcusable de ser individuos del consejo, no se presentan en la junta: no puede extenderse á los que la ley les declara exentos de la obligación, hasta el punto de dejar á su arbitrio el cumplimiento de ésta al decir «si voluntariamente se prestan á aceptar el cargo».

Lo que la ley expresa es que tienen derecho, no obligación de asistir. Si no están obligados á ser vocales del consejo, ¿para qué comparecer? La no asistencia implica en este caso la renuncia del derecho que el art. 297 les concede. Otra cosa sería infringir el espíritu de éste. El Código exime á dichas personas por razón de la distancia, y ésta existe lo mismo para la primera como para las demás juntas. Asistir para el efecto sólo de manifestar que no querían formar parte del consejo sería ridículo á más de inútil, porque ya hemos dicho que la no comparecencia significa la renuncia del derecho.

En esta junta para la formación del consejo de familia (y lo mismo en la destinada á constituir la tutela) es en la que preferentemente debe declararse la incapacidad del que sea inhábil y alegarse las excusas que existan.

Decimos preferentemente en oposición á exclusivamente, porque si bien pueden declarar ó alegarse después tanto la inhabilitación como la excusa, la ley lo manda así respecto de la excusa (artículo 247), y es conveniente tocante á la incapacidad, á fin de que al constituirse el consejo se componga de personas hábiles, para evitar las consecuencias inherentes á la remoción de uno de sus individuos.

La declaración de incapacidad del presunto tutor y de los individuos del consejo de familia podrán pedirla las demás personas que se crean con derecho á uno ú otro cargo, y en el caso del tutor, cuando esté ya constituído el consejo, cualquiera de sus vocales.

¿Deberá ser fundada la petición de incapacidad y la alegación de excusa? Es decir, ¿deberán justificarse, ya por documentos, ya por testigos? No creemos sea indispensable, por más que sí conveniente, pero indirectamente es preciso dicho requisito atendiendo á que la resolución declarando la incapacidad y admitiendo la excusa, debe ser fundada, y para fundamentar un acuerdo deben de constar probados los hechos que le sirven de base. Por esta razón consideramos útil, y desearíamos verlo establecido como práctica, el que cuando se alegare la inhabilitación de la persona nombrada tutor ó llamada por la ley á este cargo, el consejo de familia acordase la justificación del hecho constitutivo de la incapacidad si no fuere notorio y evidente ó no lo probase el mismo solicitante mediante el oportuno documento. Así, en los casos 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 8.º, 9.º y 10 convendrá pedir respectivamente el testimonio de la sentencia condenatoria ó de la remoción, de la declaración de concurso ó quiebra, certificación de estar pendiente el pleito y testimonio del documento comprensivo de la deuda ó exhibición de los indicados testimonios, haciendo en el acta relación sucinta de su contenido. Y sobre los demás casos y aun sobre los expuestos, cuando fuere necesario, practicar la correspondiente información testifical.

No son las consideraciones expuestas hijas de la condición de comentarista; son producto de nuestro convencimiento de que

debe hacerse así por ser más legal y razonable y por tratarse de acuerdos que pueden ser impugnados ante los Tribunales y que han de sostenerse en su caso en el terreno judicial á expensas del menor. La ley le da casi el carácter de una resolución judicial, y lógicamente pensando, parece que ha de reunir los requisitos de ésta, máxime cuando no causa perjuicio alguno.

Lo mismo decimos, con mayor motivo, tratándose de la remoción. Es un acuerdo que por su gravedad exige ser justificado en forma.

En este momento de la formación del consejo es también en el que se deberá elegir Presidente.

De la constitución del consejo sabido es que hay que levantar la oportuna acta comprensiva de los diversos particulares que aquélla comprende.

Formado el consejo de familia, procederá éste á la constitución de la tutela. Se trata, pues, de dos actos distintos: la formación del consejo, atribución propia de la autoridad judicial; la constitución de la tutela, acto de la competencia exclusiva del consejo.

¿Qué significa esta palabra constituir la tutela? No se limita á la mera designación ó discernimiento del cargo de tutor; comprende varios actos. No se constituye en un momento; requiere continuidad de tiempo. El primer acto es la designación de tutor; si existe tutor testamentario, el consejo tendrá que manifestarlo así en el acta. Si no existe, designar al que corresponda por la ley, y si no lo hubiere, elegirlo en virtud de lo ordenado en el artículo 231.

No basta el nombramiento del tutor para que éste pueda ejercer su cargo. Según el art. 252, necesita prestar la fianza que señale el consejo, á no estar exento de tal obligación; y conforme al 205, no puede entrar en el desempeño de su cargo sin que su nombramiento haya sido inscrito en el Registro de tutelas. Por consiguiente, la determinación por el consejo de la cuantía de la fianza que en su caso ha de prestar el tutor, la prestación de esta misma fianza y la inscripción en el Registro correspondiente, son otros tantos actos inherentes á la constitución de la tutela.

La tutela, según el art. 201, se ejercerá bajo la vigilancia de un protutor. De acuerdo con este precepto, el 234 declara que el tutor no puede comenzar el ejercicio de la tutela sin que haya

sido nombrado protutor, nombramiento que corresponde efectuar al consejo (art. 233) cuando no lo hayan hecho los que tienen derecho á elegir tutor para los menores. El nombramiento es por tanto otro acto constitutivo de la tutela. La constitución de la tutela abarca en su consecuencia los siguientes actos: designación de tutor, ya al testamentario, ya al legítimo ó dativo; determinación de la fianza que ha de prestar el tutor, á no estar exento de ella, y prestación de la misma; inscripción del nombramiento en el Registro de tutelas; nombramiento de protutor ó declaración de estar nombrado, y posesión del cargo. Hasta que no están cumplidos estos diversos requisitos no puede considerarse constituída definitivamente la tutela, puesto que entre tanto no puede el tutur ejercer su cargo.

Siendo la constitución de la tutela, no un acto único, sino una serie de ellos, dedúcese que tampoco ha de bastar un acta, sino varias; aunque no puede fijarse de antemano, porque dependerá de las circunstancias de cada caso.

En cuanto á la fundamental, ó sea la designación del tutor, habrá que expresar: la citación de los vocales del consejo; su comparecencia; designación del tutor y aceptación de su cargo ó confirmación del nombrado en testamento; alegación de la inhabilitación ó excusa si la hubiere; nombramiento de protutor.

El Código, al hablar de constitución de la tutela, se refiere á la que precise formar en el momento de la muerte del padre ó madre, pérdida ó privación de patria potestad de los padres del menor, ó locura, sordomudez, prodigalidad é interdicción del incapacitado. Pero en realidad, hay nuevo nacimiento de la tutela en el caso de la muerte ó rescisión del tutor.

En este caso, hay que constituir la tutela, mas no el consejo; que subsiste, y éste es el que deberá efectuarlo, como lo indica con claridad el núm. 20 del art. 230 al señalar como una de las obligaciones del protutor la de «promover la reunión del consejo de familia para el nombramiento del nuevo tutor cuando la tutela quedare vacante ó abandonada». Y no sólo la designación del tutor, sino todos los actos subsiguientes é indispensables para la constitución verdadera de la tutela, como señalamiento y calificación de la fianza, posesión, etc.

La facultad de constituir la tutela no es la única que el artículo atribuye al consejo: le concede también la de dictar las

medidas necesarias para atender á la persona y bienes del menor ó incapacitado. Estas medidas variarán según los casos, no siendo posible enumerarlos todos con carácter general. Sin embargo, pueden señalarse algunos ya indicados en el comentario del art. 203, como son, respecto de la persona del menor ó incapacitado, ingreso en un colegio, asilo, establecimiento ó en persona de confianza, y con relación á los bienes, si son alhajas ó numerario, su depósito; y si se trata de frutos recolectados, su conservación en lugar conveniente ó venta, y si son inmuebles, su reparación.

El legislador ha pecado de exceso de celo por los intereses del menor ó incapacitado, consignando dos preceptos para un mismo fin. El art. 301 autoriza al consejo de familia para dictar las medidas necesarias á fin de atender la persona y bienes del menor ó incapacitado en tanto se constituye la tutela; el 203 impone al Juez municipal el cuidado de la persona del sujeto á tutela y bienes muebles hasta el nombramiento de tutor. La analogía entre uno y otro caso resulta tanto más ostensible, cuanto que la tutela, según queda indicado en este mismo comentario, no se entiende constituída hasta que se realicen los diversos actos mencionados anteriormente, prestación de fianza, inscripción del nombramiento de tutor y designación de protutor, y el nombramiento de tutor no basta para entrar en el ejercicio de la tutela sino que precisan esos mismos actos. Ambas disposiciones, la del 203 y la del 301, se refieren en esencia á un mismo período de tiempo, al que media entre el hecho que da lugar á la tutela y la constitución definitiva de ésta. ¿Quién de los dos será competente para cuidar de la persona y bienes del menor ó incapacitado durante ese período: el Juez ó el consejo de familia? ¿Existe contradicción entre los dos artículos? En nuestro sentir, no. Sería absurdo que habiéndose legislado de más, resultase menos favorecido el sujeto á tutela que no habiéndose establecido nada, y que sufriese las consecuencias funestas de una contradicción más aparente que efectiva. Entendemos que ambos artículos se armonizan sin gran obstáculo. Desde luego el art. 203 sólo habla de los bienes muebles, dejando al consejo de familia lo relativo á los inmuebles, si bien, como dijimos en el comentario de aquél, no implica la disposición tal rigorismo que carezca de facultad el Juez para acordar lo conveniente sobre ellos en caso

de urgencia ó innegable utilidad. ¿Y respecto de la persona y bienes muebles? Es indudable que corresponde en exclusivo al Juez municipal hasta la formación del consejo, y constituído que sea, á éste, pero pudiendo aquél vigilar la conducta del consejo y procurar que cumpla con el deber señalado en el art. 301. Es decir, al consejo la proposición y la ejecución de las medidas que crea oportunas, y al Juez la inspección de estas medidas y el acuerdo de las que estime justas si aquél no las propone. No hay que olvidar que el art. 203 habla en términos imperativos y que impone al Juez municipal la responsabilidad de daños. Esto, hasta que se constituya la tutela: constituída legalmente, el Juez no intervendrá. En auxilio de este criterio armónico podríamos llamar el contenido del art. 243. Según éste, cuando el consejo declare la incapacidad ó remoción del tutor ya entrado en el ejercicio, las determinaciones que adopte para proveer á los cuidados de la tutela en el caso de promoverse litigio no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial. Este es un período semejante al que media entre la formación del consejo y la constitución total de la tutela: existe aquél, pero no ésta. De modo que á igualdad de casos, igualdad de preceptos legales.

ART. 302. El consejo de familia para los hijos naturales se constituirá bajo las mismas reglas que el de los hijos legítimos, pero nombrando vocales á los parientes del padre ó madre que hubiese reconocido á aquéllos.

El de los demás hijos ilegítimos se formará con el Fiscal municipal, que será Presidente, y cuatro vecinos honrados.

Concordancias.—Análogo á los artículos 267 al 269 del proyecto de Código de 1851, é igual al 277 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 303. La Administración de cada Establecimiento de Beneficencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos todas las facultades que corresponden á los tutores y al consejo de familia.

Concordancias.—Análogo al art. 271 del proyecto de Código de 1851, é igual al 278 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 302 Y 303.—Ocúpase el Código en estos artículos de la constitución del consejo de familia de las personas que no ostentan la hermosa condición jurídica de legítimos. Dentro de la doctrina de los artículos, sigue el orden de menor á mayor ilegitimidad. Menciona en el primer párrafo del artículo 302 á los naturales, habla el segundo de los demás ilegítimos, y dedica el art. 303 á los que carecen de familia ó es desconocida.

El consejo de familia para los hijos naturales—dice el 302—se constituirá bajo las mismas reglas que el de los hijos legítimos; pero nombrando vocales á los parientes del padre ó madre que hubiese reconocido á aquéllos. Estas últimas palabras se refieren al consejo que denominamos legítimo. ¿Quiere decir esto que no puede tener lugar el testamentario? Esta cuestión la resolvimos ya en el comentario del art. 294. Insistiremos, no obstante, en ello, alegando en pro dos razones: el espíritu del artículo, que es, indudablemente, el de proclamar la igualdad entre los hijos legítimos y los naturales, en cuanto á la formación del consejo, y la consideración de que si, conforme al art. 206, tienen facultad para nombrar tutor y protutor, no hay razón para que no puedan designar los individuos del consejo. El artículo no es prohibitivo, y es lícito hacer todo lo que la ley no prohibe. Creemos, pues, que el padre ó la madre natural podrán designar en su testamento las personas que han de componer el consejo.

A falta de personas designadas en testamento, el consejo se constituirá con los parientes del padre ó madre que hubiesen reconocido al hijo. Esto, en el supuesto de que el reconocimiento haya sido hecho por uno solo de ellos; habiéndolo sido por am-

bos, el derecho y la obligación comprenderá á los parientes de uno y de otro.

Las dudas que pudieran surgir respecto de la formación del consejo, las resolvimos casi en su totalidad en el comentario del artículo 294, siendo muchas de las consideraciones contenidas en él aplicables al presente. Así, el caso relativo á la designación doble hecha por el padre y la madre en su testamento, quedó resuelto en dicho artículo en sentido de la validez del padre ó madre sobreviviente. Es decir, que si el padre natural nombra en su testamento las personas que han de componer el consejo de familia de un hijo natural reconocido, y muere éste, quedando la madre natural reconocida legalmente, la designación del padre no producirá efecto, y prevaldrá sobre ella la que la madre haga con posterioridad en su testamento.

También expusimos en dicho art. 294 que, siendo el derecho de designar los individuos del consejo uno de los varios que en conjunto constituye la patria potestad, se extinguirá total ó parcialmente cuando ésta haya cesado ó esté en suspenso su ejercicio. Pues bien: esto mismo sucederá con relación á los padres naturales. Privados de la patria potestad ó suspensos en su ejercicio, no podrán usar del derecho á que nos referimos.

Donde no asaltan las dudas que consignamos en el art. 294, es respecto de la preferencia del parentesco legítimo y del natural en el caso de la coexistencia de ambos. Si el padre de un hijo natural es legítimo, esto es, hijo de padres legítimos, y la madre natural, es decir, hija de padres naturales, aunque existan parientes de una y otra línea, abuelo legítimo, por ejemplo, y abuelo natural, serán llamados uno ú otro indistintamente, sin otra preferencia que la determinada en el art. 295, ó sea la mayor edad de los concurrentes. En el caso de los hijos legítimos podía originarse la cuestión, porque tratándose de familia legítima surge al momento la duda de si deberá eliminarse de él los parientes no legítimos; cuando los hijos son naturales, la ley llama á los parientes del padre ó madre que hayan verificado el reconocimiento, sin distinguir de condición legal. Los hijos son naturales; no hay para qué postergar á sus ascendientes, descendientes ó colaterales que tengan la misma cualidad. No hay que olvidar tampoco una consideración. El padre de una persona que haya tenido un hijo natural será legítimo respecto de la misma;

pero en cuanto al nieto es abuelo natural. Lo que legitima al hijo no es el matrimonio de sus abuelos, sino el de sus padres. De modo que para los efectos del artículo lo mismo da que el abuelo sea padre legítimo que natural, porque relativamente al menor ó al incapacitado es pariente de esta última clase.

Dos advertencias debemos de consignar antes de dar por terminado el estudio del párrafo primero del art. 302. Al decir hijos naturales debe entenderse que habla de los reconocidos. Mientras no tiene lugar el reconocimiento no existe más que el hecho de ser natural el hijo, pero no el derecho consiguiente. El reconocimiento le da la condición legal de natural con los derechos que lleva consigo esta cualidad. Hasta entonces no se sabe más que es ilegítimo, pero sin conocer su verdadera condición jurídica.

Esta es la primera. La segunda concierne al extremo de que todo lo dispuesto en los artículos 296 al 301 será aplicable al consejo de familia de los hijos naturales. El Código, en su artículo 302, establece la identidad entre este consejo y el de los hijos legítimos al ampliar al primero lo ordenado sobre éste. Por esto, el número de vocales ha de ser impar, y siendo posible, el de cinco.

El consejo de familia de los hijos ilegítimos, cuya paternidad ó maternidad sea conocida, se formará—expresa el párrafo segundo del art. 302—con el Fiscal municipal, que será Presidente, y cuatro vecinos honrados, precepto confirmado por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1889 al decir que «la intervención judicial y la del Ministerio fiscal cesa desde que el consejo queda constituído, salvo el caso singular en que, según el art. 302, debe presidirlo el Fiscal municipal.»

El Código no menciona para nada á los parientes. ¿Significa esto que no podrán formar parte del consejo en ningún caso? En nuestro entender, no. Sospechamos que si el legislador ha establecido el precepto del art. 302 es debido á la idea de que casi siempre los parientes de esa clase de hijos son desconocidos por creer una deshonra para ellos lo que puede en algún modo devolver al hijo su honra; existiendo, dudamos que haya quien se atreva á rechazarlos, postergándoles á unos extraños como son los vecinos.

Mencionamos ya esta cuestión en el art. 294 y dábamos la so-

lución con igual criterio que ahora, valiéndonos, aparte de las razones morales, que pudiéramos llamar, de una legal, á saber: del derecho consignado en el art. 206 á favor de los padres de hijos ilegítimos de nombrarles tutor y protutor. A este fin, decíamos, y lo repetimos, que si tienen este derecho, que es el principal, deben gozar del accesorio, del que constituye una secuela de aquél. Si para la vida de la tutela es necesaria la existencia de un tutor, de un protutor y del consejo y poseen facultad para designar los dos primeros, ignoramos por qué han de carecer de ella para nombrar el último. Por esta causa decíamos en el repetido artículo 294 que creemos que ningún Juez negará validez y eficacia á la voluntad de un padre consignada en su testamento.

Siendo esto así, claro está que el consejo se compondrá de las personas designadas en el testamento. Lo mismo pensamos cuando se presente un pariente solicitando que quiere formar parte del consejo. ¿Le será negado su deseo alegando que el Código menciona sólo los vecinos y no los parientes? Entendemos rotundamente que no. La ley civil callará, pero la natural dice que un pariente tiene siempre más cariño con relación á otro que el extraño. Posponer, por consiguiente, el parentesco á la vecindad sería destruir el fundamento que ha servido al legislador para establecer el consejo de familia, ó sea el cariño de los parientes del menor ó incapacitado. No es un consejo de extraños, es consejo de *familia*, como su misma palabra indica, y por esto ha de constituirse, siempre que sea posible, con parientes. Sólo en el caso de que no existan será cuando podrán ingresar en él los amigos ó vecinos. El derecho (y la obligación) de los parientes de ser individuos del consejo de familia es innato, si vale la palabra; lo tienen por el mero hecho de reunir dicha condición; las demás personas, amigos ó vecinos, le tienen únicamente con carácter supletorio, esto es, en defecto de los parientes. La diferencia entre el caso de los hijos legítimos y naturales y demás ilegítimos, es que en éste el Juez no tiene que citar á los parientes; sólo cuando ellos lo pidan es cuando deberá atenderse su derecho.

Puede darse el caso de que exista un número de parientes del hijo ilegítimo suficiente á constituir un consejo; por ejemplo, cinco; ¿se formará éste sin intervención del Fiscal, ó es indispensable en todos los casos que presida el consejo? Admitido un principio, hay que aceptar las consecuencias que se derivan del

mismo. Resuelto convencionalmente por nosotros que los parientes pueden formar parte del consejo, tenemos que sostener que si concurre número bastante de aquéllos para su constitución, deben gozar del derecho de constituirle y ejercitar las atribuciones del mismo con completa independencia. El Fiscal municipal es, sí, Presidente nato del consejo de familia de los hijos ilegítimos, en sentido estricto, cuando se componga de vecinos honrados: pero ya hemos dicho que esta disposición obedece, en nuestra particular opinión, á la creencia del legislador, fundada en cierto modo, de que en la mayoría de las ocasiones no existirán parientes con los que constituir el consejo.

La formación del consejo seguirá iguales trámites que el de los demás hijos, y una vez constituído éste, ya con el Fiscal y cuatro vecinos, ya con parientes, funcionará de igual modo que el de aquéllos. También será aplicable lo dispuesto sobre inhabilitación, excusas ó remoción en los casos que corresponda, con arreglo á los artículos del Código.

El artículo (302) habla sólo de constitución del consejo de familia; pero como la formación de éste obedece á la necesidad de que exista como trámite previo á la de la tutela, se comprende que el Código ha debido consignar alguna declaración sobre este extremo, y que no habiéndolo hecho así, suplamos la omisión.

La regla para la constitución de la tutela de los hijos ilegítimos (naturales é ilegítimos en sentido estricto) es la misma que establece el artículo respecto de la del consejo: la igualdad entre este caso y el de los legítimos, salvo aquellas diferencias marcadas por la calidad de los hijos. Primero formar el consejo de familia ante el Juez, y después, en otro acto, proceder á constituir la tutela, consignando en el acta como particulares propios, el padre ó madre que haya reconocido al hijo, el documento donde conste el reconocimiento, la condición legal del menor ó incapacitado, etc.

No hay tampoco que olvidar que la tutela legítima no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos, según el precepto del artículo 211. Por consiguiente, de no existir tutor testamentario, el consejo deberá elegirlo.

Estudiemos el art. 303. Su doctrina es una ampliación de la del 212. Éste dice que los Jefes de las Casas de expósitos (establecimientos de Beneficencia) son los tutores de los recogidos y edu-

cados en ellas: el 303 generaliza este precepto á todos los establecimientos de Beneficencia. El Código les asigna las facultades del tutor, no el cumplimiento de los requisitos necesarios para el ejercicio de este cargo (fianza, inscripción en el Registro, posesión, etc.).

La disposición del artículo tenía ya algunos antecedentes en nuestra legislación, ley de 1822 y Reglamento de 14 de Mayo de 1852, expuestos en el comentario del 212 (véase tomo IV), que atribuían respectivamente á las Juntas municipal y provincial el carácter de tutores y curadores de los expósitos que se criasen en establecimientos de Beneficencia (Casas de Maternidad).

Conviene fijarse bien en las palabras del artículo. Habla de huérfanos menores: de modo que no comprende á los incapacitados ni á los menores que tengan padre ó madre. Respecto de esto, el precepto es lógico, porque existiendo uno solo de los padres, á nadie más que á él corresponde la guarda y representación de sus hijos. Habrá casos, sin embargo, en que á pesar de vivir ambos ó uno de los padres, corresponda la tutela de los hijos á los Jefes de los establecimientos benéficos, á saber: cuando aquéllos hayan perdido la patria potestad, ó hubieran sido suspendidos en su ejercicio por concurrir alguno de los casos mencionados en los artículos 168 á 171, especialmente este último.

¿Y en cuanto á los dementes? Si tienen familia, la tutela se regirá por lo dispuesto en el Código. Si carece de ella, corresponderá su ejercicio, por analogía con el precepto del artículo 303, al Jefe del establecimiento en que se encuentre. El Reglamento orgánico de 12 de Mayo de 1885 (*Gaceta* 15 *de Mayo, idem*) para el régimen interior del manicomio de Leganés, declarado en su art. 1.° establecimiento general de Beneficencia, indica á quién corresponde la administración del mismo, y por tanto la facultad del art. 303 del Código. Dispone en el art. 5.° que la Junta de patronos es la que ha de cuidar del régimen y administración del manicomio; pero añade en el núm. 11 del art. 7.° que «el administrador depositario es el Jefe del establecimiento, como delegado de la Administración central y de la Junta de patronos.» El administrador depositario será el tutor de los dementes recluso en el manicomio citado, si no lo tienen nombrado. Lo mismo vienen á decir el Reglamento de 23 de Diciembre de 1884 (*Gaceta* 1.° *Enero* 1885) respecto del Hospital de la Princesa, y la ins-

trucción y Reglamento de 27 de Enero de 1885 (*Gaceta* 5 *Febrero*, *idem*) para el orden interior de los Hospitales de Incurables (del Rey, de Jesús Nazareno y Nuestra Señora del Carmen). Por último, el art. 28 de la Instrucción de 27 de Enero de 1885 (*Gaceta* 5 *Febrero*, *idem*), para la organización y régimen de los Establecimientos de Beneficencia general, establece que «los administradores depositarios de los Establecimientos de Beneficencia son los delegados representantes de la Administración central».

El precepto del artículo constituye una excepción del art. 201, que requiere para el ejercicio de la tutela el concurso de tres personalidades: tutor, protutor y consejo de familia. Cada uno de estos cargos es incompatible con los demás; la reunión de todos en uno envuelve, por tanto, una confusión de funciones. ¿Cómo el tutor va á ejercer á un tiempo las facultades de protutor y todas las propias de la personalidad colectiva del consejo? Bien claramente indica esta incompatibilidad el art. 299 al consignar que el tutor y el protutor no podrán ser á la vez vocales del consejo de familia. El Código ha debido, por consiguiente, ó declarar que los Jefes de los establecimientos están facultados por sí para ejercer la tutela sin necesidad de consejo de familia, ó conceder las atribuciones de éste á las Juntas de Patronos. Decimos esto porque entre el administrador depositario y estas Juntas existe una relación parecida á la que liga al tutor con el consejo de familia. Compete á dichas Juntas la dirección y administración de los establecimientos; pero el encargado de ejercer los actos de administrador es el depositario.

Derecho vigente.—*Civil.*—*Consejo de familia de los hijos naturales reconocidos.*—Se constituye con sujeción á las mismas reglas que el de los legítimos. Si alguno de los padres ha designado en su testamento las personas que han de componerlo, se cumplirá su voluntad. Si los dos han verificado la designación, prevaldrá el del padre sobreviviente. Este derecho lo pierden los padres cuando son privados de la patria potestad ó suspendidos en su ejercicio. No habiendo dispuesto nada el padre ó la madre en su testamento, ó siendo éste nulo, se constituirá el consejo con los parientes del padre ó madre que hubieran reconocido al hijo, ó de ambos, por el orden que determina el art. 294, sin otra preferencia entre los de igual grado que la mayor edad.

Es aplicable al caso de los hijos naturales lo dispuesto en los

artículos 296 al 301 sobre incapacidad, excusas y remoción de los vocales y constitución del consejo y de la tutela.

Consejo de familia de los hijos ilegítimos propiamente tales.—Se constituirá con el Fiscal municipal del domicilio del padre ó madre sobreviviente, ó del fallecido con anterioridad si el supérstite careciese de patria potestad en el caso del menor no emancipado, y en los demás el del domicilio del sujeto á tutela, como Presidente, y cuatro vecinos honrados, cuando no haya parientes del padre ó madre conocidos, ó personas designadas por éstos en su testamento. Se atenderá primero á la disposición testamentaria; si no dice nada ó no existe, se formará con los parientes que lo soliciten, y no habiéndolos, con el Fiscal municipal y cuatro vecinos honrados.

Consejo de familia de los huérfanos menores acogidos en los establecimientos de Beneficencia.—El Jefe de estos establecimientos (administrador depositario) asume, respecto de los mismos, las dos representaciones, la del tutor y la del consejo de familia. Los incapacitados mayores de edad, huérfanos también, estarán, por analogía con lo preceptuado respecto de los menores, bajo la tutula de los Jefes de los establecimientos donde se encuentren.

SECCIÓN SEGUNDA

De la manera de proceder el consejo.

Refleja esta sección el aspecto procesal del consejo de familia; el procedimiento que ha de seguir el consejo en las diversas esferas de su vida. Figuran, sin embargo, en ella artículos que no tienen el carácter que parece exigir el título de la sección, y que son disposiciones de índole general. Tales son los preceptos de los artículos 309 al 313.

Apartándose el Código español de la pauta trazada por los Códigos extranjeros que contienen el consejo, los cuales conceden la presidencia de éste al Juez municipal, adopta el principio radical de la elección por el

mismo consejo. La doctrina es descentralizadora por excelencia y en armonía con el carácter del consejo de familia. Ó la autoridad judicial es la llamada á intervenir en la gestión de la tutela, ó lo es el consejo de familia, y en este caso hay que dejarle deliberar con libertad. Nos parece, pues, acomodado á una sana crítica el precepto del art. 304. Éste enumera además, como complemento del principio que acepta en su primer párrafo, las facultades del presidente, algunas de ellas (redactar los acuerdos) propias más bien del cargo de secretario.

Es obligación de los vocales, conforme al art. 306, asistir á las reuniones del consejo á que fueren convocados. Esta obligación no era necesario establecerla, porque es inherente al cumplimiento del cargo, pero el legislador, para evitar toda interpretación convencional con perjuicio del sometido á tutela, la establece de manera expresa con una sanción para el caso de incumplimiento, excepto si obedece á causa legítima.

Comprendiendo el legislador que, apesar de la obligación consignada en el Código, no asistirán siempre á las sesiones del consejo todos los vocales, ha estimado conveniente determinar el número mínimo de ellos que han de estar presentes para la validez de los acuerdos. Fija el número de tres en atención á que constituyen la mayoría del de cinco, tipo legal de los que han de componer el consejo conforme al art. 294. Los acuerdos dice el mismo art. 305 que se tomarán por mayoría de votos, decidiendo el presidente en caso de empate.

Con objeto de que el consejo de familia proceda con rectitud y no se deje influir por el interés de alguno

de sus individuos ó de algún pariente de éstos en detrimento del menor ó incapacitado, prohibe el art. 307 á los vocales del consejo asistir á sus reuniones y emitir su voto cuando delibere sobre asunto que interese al vocal de que se trate, ó á sus descendientes, ascendientes ó cónyuges. Solamente podrá ser oído si el consejo lo acuerda.

La obligación de asistir á las reuniones del consejo no la limita el Código á los vocales: el art. 208 la extiende al tutor y al protutor cuando fueren citados. El fundamento del precepto compréndese por la naturaleza de la función de la tutela. Es una función compleja en que intervienen el tutor, el protutor y el consejo de familia. De aquí que deban proceder conjuntamente en los actos más importantes de la vida de la tutela, como son los sometidos á la decisión del consejo. En este caso (el de ser citados) tienen obligación de asistir, asistencia que se convierte en derecho, según el mismo artículo, cuando el consejo se reúna á su instancia. Por último, el Código, deseando proteger eficazmente y en cuanto es posible al sometido á tutela, concede al menor la facultad de asistir al consejo y ser oído por él siempre que sea mayor de catorce años. El legislador ha querido que conste esto en términos expresos, y no dice "podrá asistir," sino "tiene derecho á asistir."

Los artículos de la sección que estudiamos, mencionados hasta aquí, encajan perfectamente dentro de ellas, pero los siguientes deberían figurar en otra denominada: "Disposiciones generales," porque este es el carácter que tienen. Esta es nuestra opinión; el autor del Código los ha colocado en esta

sección: aceptémoslo, y cumplamos nuestra misión.

La prueba de lo afirmado por nosotros la ofrece en primer término el art. 309, concebido en términos, no ya generales, sino generalísimos. «El consejo de familia—dice—conocerá de los negocios que sean de su competencia conforme á las disposiciones de este Código.» Comprendiendo el legislador que no había para qué enumerar de nuevo las atribuciones del consejo consignadas en diversos artículos del Código, redactó el artículo 309 mencionado, que por su carácter debía figurar dentro de una sección referente á los preceptos generales del consejo de familia.

Decimos lo mismo del art. 310. Su disposición es de carácter general. Respecto del precepto, refleja el deseo del legislador de establecer una salvaguardia más á favor del menor ó incapacitado, por cuanto que determina la intervención de una personalidad más (autoridad judicial), para decidir en último término el acuerdo conveniente á aquél. No implica esto una negación de las atribuciones del consejo de familia, porque éste es el que acuerda, y si nadie se alza del acuerdo, es ejecutorio, caso muy distinto del en que la decisión del consejo necesita la aprobación judicial, como exigían los proyectos de 1851 y 1882 y lo hacen algunos Códigos extranjeros.

De la terminación del consejo de familia y de sus efectos (aunque esto último no lo expresan así) se ocupan los artículos 311, 312 y 313. La disolución del consejo quiere decir el 313 que tiene lugar como consecuencia de la conclusión de la tutela, pero sus palabras no son del todo propias, pues parece desprenderse de ellas que es un hecho diverso de la extinción de la

tutela, cuando ésta es un concepto que comprende los tres, tutor, protutor y consejo de familia, y, por ende, decir cesación de la tutela vale tanto como expresar conclusión del cargo de tutor, de protutor y disolución del consejo. Indica bien á las claras nuestro criterio el art. 311, que habla de la disolución del consejo como consecuencia de la terminación de la tutela.

La disolución lleva como aneja la entrega al sometido á tutela de las actas de las sesiones del consejo para hacer posible y facilitar el cumplimiento del efecto determinado en el art. 312, ó sea exigir de los vocales del consejo la responsabilidad en que hayan incurrido por los daños y perjuicios que hayan causado al sujeto á tutela.

Si por virtud de un acto determinado, una persona causa á otra perjuicios en su patrimonio, los principios generales de derecho declaran que está obligada á indemnizarle de los sufridos. Pues bien: este principio general tiene una confirmación en el caso particular de los vocales del consejo. Y así como la indemnización en el caso de la regla general alcanza á la persona causante del daño, así el Código exime de la responsabilidad á los vocales que disintieron del acuerdo origen del perjuicio.

El precepto es laudable, en cuanto supone una sanción penal civil para el mejor cumplimiento del cargo.

ART. 304. Será presidente del consejo el vocal que eligieren los demás.

Corresponde al presidente:

1.° Reunir el consejo cuando le pareciere conveniente ó lo pidieren los vocales ó el tutor ó el protutor, y presidir sus deliberaciones.

2.° Redactar y fundar sus acuerdos, haciendo constar la opinión de cada uno de los vocales, y que éstos autoricen el acta con su firma.

3.° Ejecutar los acuerdos.

Concordancias.—Igual al art. 269 del proyecto de 1882, que contenía un inciso más, el señalado con el núm. 2.°, que consignaba como atribución del presidente «Dirigir la discusión».

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Determina este artículo la organización que ha de tener el consejo de familia y las facultades de sus miembros. El consejo se ha de componer de un presidente y de vocales que eligen al primero. El Código procede racionalmente en este punto. Ha establecido un organismo independiente (el consejo de familia), con funciones propias; para no ser inconsecuente, debe, como lo ha hecho, concederle el derecho de elegir entre sus miembros aquel que ha de ostentar su representación. Según decimos en el comentario del título, el Código español ha ido más allá que el proyecto de 1832 y los Códigos extranjeros, que consideran presidente nato al Juez del domicilio, y el de 1851 al Alcalde.

¿Cuándo ha de verificarse la elección del cargo de presidente? No lo indica el Código; mas se comprende que deberá ser en la primera reunión, antes de proceder á la constitución de la tutela. El consejo, según el art. 301, tiene que constituir á éste; luego para ello es indispensable que lo esté aquél, y no puede afirmarse tal en tanto no exista organizado en forma, ó sea con su presidente, encargado, con arreglo al núm. 3.° del artículo que estudiamos, de ejecutar los acuerdos del consejo.

Hablando por analogía, pudiéramos decir que el presidente del consejo es el Poder ejecutivo, y el consejo el legislativo, las Cámaras representantes de la Nación. Ahora bien: así como es

un axioma de Derecho político para determinadas escuelas el de que «la soberanía reside en la Nación», y por consecuencia en las Cámaras, que son, ó deben ser, expresión de la voluntad de aquélla, así puede decirse también que «la soberanía reside en el consejo». Queremos indicar con esto que el poder del consejo de familia es superior al de su presidente, y que ejercerá el cargo en tanto sea ésta la voluntad de los demás miembros de aquél. En una palabra, un cargo electivo, que reconoce por causa la voluntad de los electores, manifestada en virtud del derecho consagrado por la ley, es por naturaleza revocable. Sólo son perpetuos aquellos que por su especial naturaleza tienen dicha cualidad, ó los que la ley declara irrevocables.

Inútil es decir que la revocación del cargo no ha de obedecer al mero capricho, sino al consentimiento de todos los vocales del consejo, incluso el presidente, ó á una causa fundada. De lo contrario, pudiendo el interesado alzarse de la decisión del consejo ante el Juez de primera instancia, éste rechazaría el acuerdo, de no descansar en motivos justos y legítimos.

De esta facultad del consejo (elección del cargo de presidente) se deriva la de designar quien haga sus veces en casos de ausencia ó enfermedad del presidente.

Examinemos las facultades del presidente. Señala el artículo, en primer término, dos: la de «reunir el consejo cuando le pareciere conveniente ó lo pidieren los vocales ó el protutor», y la de «presidir sus deliberaciones».

La primera facultad es la de ordenar la reunión del consejo, bien de oficio, es decir, por sí, bien á instancia de parte. Su poder es ilimitado en el primer caso: puede reunirlo, como dice el inciso primero del artículo, «cuando le pareciere conveniente». Es un verdadero soberano, con facultad de reunir el consejo cuando su voluntad lo estime así.

Las personas que pueden pedir la reunión del consejo son los vocales, el tutor y el protutor. El artículo dice, refiriéndose á los primeros, «lo pidieren *los* vocales». ¿Es necesario que lo soliciten todos? De las palabras citadas, eso se deduce; mas creemos que debe bastar para el efecto de acordar la reunión la petición de uno solo. Por esto, estimamos que el inciso debiera decir: «lo pidieren los vocales ó alguno de ellos». El artículo establece el derecho á favor de cada una de las personas mencionadas para

que puedan ejercerle por sí, individualmente; pero esto no impide que se ejerza de una manera colectiva. No dispone tampoco la ley la forma de la petición para reunir el consejo; de modo que será lícito de cualquier modo que se haga, verbalmente ó por escrito.

El presidente del consejo tiene que reunir éste cuando lo pidiere alguna ó varias de las personas con derecho para ello; es una obligación ineludible de aquél. Y si por cualquier motivo se negare á cumplirla, ¿qué recurso cabría contra tal negativa? El Código no contiene ninguno directo; pero en virtud del principio que rige en toda clase de recursos, de que de la resolución del inferior hay que acudir al superior, entendemos que habría que recurrir ante el Juez de primera instancia, por analogía también con el precepto del art. 310, que de las decisiones del consejo de familia permite alzarse ante dicha autoridad judicial.

El proyecto de 1882 contenía un último párrafo en su artículo 269, equivalente al que comentamos, en el que decía: «Citará (el presidente) siempre por escrito para las reuniones del consejo, exponiendo los puntos que han de tratarse en la reunión, y señalando el día, hora y sitio en que ésta ha de tener lugar.» El Código ha omitido esta disposición, que consideramos acertada y aconsejamos su práctica. ¿Cómo ha de poder ser impuesta al vocal ó vocales que dejen de asistir sin causa legítima la multa de que habla el art. 306, si no se acredita el hecho de la citación? Es más: creemos que la cédula de citación debe ser doble, y una de ellas con la frase de «enterado,» para ser firmada por el que la recibe y devuelta al presidente, á fin de poder éste hacer constar la convocación. Por otra parte, la expresión en la papeleta de convocatoria del objeto de ésta sirve para que los convocados puedan traer los datos convenientes para la mejor discusión del asunto de que se trate.

La segunda facultad es la de presidir las deliberaciones del consejo. El proyecto de 1882 consignaba en vez de ésta la de «dirigir la discusión;» pero son más propias las palabras que emplea el Código, porque el cargo de presidente de toda reunión lleva como inherente é implícita la facultad de dirigir su debate.

Redactar y fundar los acuerdos del consejo, haciendo constar la opinión de cada uno de los vocales, es otra de las facultades del presidente, á la par que un deber. El presidente del consejo

asume, según este precepto, dos representaciones: la de presidente y la de secretario. Es práctica que ofrece ya el carácter de ley la de que sea el secretario de toda persona ó entidad colectiva quien redacte el acta de las sesiones de las mismas. El Código se aparta de la costumbre y refunde en una sola persona cargos de naturaleza distinta. Nosotros, ratificándonos en lo expuesto en el comentario del art. 254, entendemos que dentro del consejo debiera haber los dos cargos citados, y sabemos de algunos consejos que han adoptado esta norma.

Hechas estas manifestaciones, pleguémonos al derecho positivo. No se limita el inciso 2.º á expresar que el presidente ha de redactar el acuerdo del consejo; le obliga á «fundarlo.» Fundar, según el Diccionario, es «apoyar con motivos y razones eficaces ó con discursos una cosa,» y se dice «fundamentos» de una sentencia ó de un recurso las disposiciones de ley ó las consideraciones de derecho en que se apoya el fallo de la primera ó la súplica del segundo. Fundar un acuerdo del consejo será, por tanto, expresar las razones que han existido para su adopción.

Es asimismo atribución propia del presidente del consejo la de hacer que los vocales autoricen el acta con su firma. Si se niegan á ello ó no saben, lo firmará otro ú otros á ruego del presidente ó del vocal de que se trate. Al exigir el artículo que firmen el acta los vocales, no quiere expresar, mejor dicho, no puede deducirse como consecuencia la de que las personas que no sepan escribir carecen de aptitud para ser miembros del consejo. El artículo exige la firma como requisito del acta, no como cualidad (saber escribir) de los vocales.

La última atribución que el artículo señala al presidente es la de ejecutar los acuerdos del consejo. Ejecutar es realizar, llevar á efecto un acto; luego ejecutar los acuerdos del consejo será realizarlos, cumplirlos, convertirlos en hechos.

El precepto no es tan lato como parece. Hay acuerdos que no corresponde ejecutarlos al presidente del consejo, sino al tutor, como los del art. 269; otros al protutor, v. gr., intervenir en la formación del inventario de los bienes de la tutela; hay otros que no necesitan ejecución en el sentido judicial de la palabra (consentimiento para contraer matrimonio, para la adopción y otros). Por consiguiente, lo que en nuestro sentir quiere expresar el artículo es que el presidente del consejo (aparte de ejecu-

tar, sí, los acuerdos del consejo de carácter puramente gubernativo), llevará la representación legal del consejo en la ejecución de los acuerdos del mismo, ya extrajudicial, ya judicialmente. Así, el presidente es quien, en nombre del consejo de familia, deberá dar posesión al tutor ó protutor (acto verdaderamente ejecutivo por el presidente), y solicitar en su caso la oportuna ayuda de la autoridad judicial: él será quien ha de asistir al otorgamiento del documento justificativo de la licencia para contraer matrimonio, ó de las escrituras de capitulaciones matrimoniales; denunciar á los Tribunales, en nombre del consejo, los delitos que pudiera haber cometido el tutor en el ejercicio de su cargo, y exigir en igual concepto la constitución de la hipoteca en el caso del art. 1.352.

Derecho vigente.—*Civil.*—El presidente será elegido por el consejo de familia, quien podrá destituirlo por causa legítima.

Son facultades del presidente: 1.ª, reunir el consejo cuando lo estimare conveniente, lo pidieren todos ó alguno de los vocales, el tutor ó protutor; si se negare á ello, procederá la alzada del artículo 310; 2.ª, presidir las deliberaciones del consejo y dirigir la discusión; 3.ª, redactar los acuerdos del consejo, con expresión de su fundamento; 4.ª, obligar á los vocales del consejo á que autoricen el acta con su firma; 5.ª, ejecutar los acuerdos del consejo susceptibles de ser realizados por el mismo consejo, y con más propiedad, llevar la representación legal del consejo en la ejecución de los acuerdos.

Jurisprudencia.—*Resolución de la Dirección general de los Registros de* 20 *de Marzo de* 1893. (*Gaceta* 22 *Junio idem.*)—El Código civil no ha reputado indispensable el nombramiento de un secretario del consejo de familia, pues si así lo hubiera estimado, habría ordenado su designación como ordena la elección de un presidente, cuyas atribuciones determina y enumera.

Entre éstas figuran, según el art. 304, la de redactar y fundar los acuerdos del consejo, la de hacer constar la opinión de cada uno de los vocales, la de procurar que éstos autoricen el acta con su firma, y la de ejecutar dichos acuerdos; funciones todas que, donde quiera que existe una junta ó entidad corporativa, están confiadas á su secretario.

De ahí se infiere fué el propósito del legislador al instituir el consejo de familia hacer de su presidente su propio secretario,

sin duda por estimar que las funciones que á éste ordinariamente se cometen, es bien conferirlas al vocal más autorizado del consejo, dada la gravedad é importancia de las facultades de éste y os respetables intereses que le están encomendados.

Si el presidente del consejo de familia es el que redacta y extiende las actas de sus sesiones, no es aventurado afirmar que él es también competente para certificar acerca del contenido de las mismas; convenciéndolo así: primero, el ser dicho consejo una institución eminentemente familiar, en cuyas funciones no puede inmiscuirse el Estado más que en los casos taxativamente marcados por el Código, y segundo, no contener éste precepto alguno que revele, ni aun por modo indirecto, el propósito del legislador de acudir al Notario para revestir de autenticidad á los acuerdos del consejo.

Tal es la práctica seguida desde que el Código está en vigor, siendo jurisprudencia establecida por repetidas decisiones del Consejo de Estado, y entre otras las de 16 de Octubre de 1860, 23 de Marzo y 6 de Junio de 1861, 18 de Septiembre y 17 de Noviembre de 1862 y 10 de Junio de 1866, que el V.° B.° que un funcionario público pone en cualquier documento, no se refiere á la certeza ó exactitud de lo contenido en él, sino que sólo sirve para dar fe de que el funcionario por quien se ha expedido, y que le autoriza, ejerce el cargo con que se titula, y que la firma con que certifica es la verdadera.

Aplicada esta doctrina al caso del presente recurso, se viene en conocimiento de que la certificación, meramente visada por el presidente de un consejo de familia, no llena las exigencias del Código, ya que de sus preceptos se colige, cual queda expuesto, que de los acuerdos del consejo ha de certificar el mismo presidente.

Por existir en el caso actual una certificación que al fin algo prueba, no cabe reputar con el Registrador de la propiedad de Málaga que un defecto insubsanable impide la inscripción del contrato, afirmación que equivale á la de que éste es necesariamente nulo, siendo más equitativo y conforme con lo que tiene más visos de probabilidad juzgar que en el caso en cuestión existe un simple defecto de forma, que quedará subsanado mediante certificación expedida por el presidente del consejo de familia.

Esta Dirección general ha acordado la revocación de la providencia apelada y de la nota recurrida, y la declaración de que no será inscribible la escritura del recurso hasta que á ella se acompañe certificación del presidente del consejo de familia, expresiva de las autorizaciones que ostentaba el tutor al otorgar el referido contrato, siempre que se acredite debidamente la legitimidad de la firma del presidente, y que éste continúa ejerciendo el cargo.

ART. 305. El consejo de familia no podrá adoptar resolución sobre los puntos que le fueren sometidos sin que estén presentes por lo menos tres vocales.

Los acuerdos se tomarán siempre por mayoría de votos.

El voto del presidente decidirá en caso de empate.

Concordancias.—Igual al art. 270 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 306. Los vocales del consejo de familia están obligados á asistir á las reuniones del mismo á que fueren convocados. Si no asistieren, ni alegaren excusa legítima, el presidente del consejo lo pondrá en conocimiento del Juez municipal, quien podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas.

Concordancias.—Igual al art. 267 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 307. Ningún vocal del consejo de familia asistirá á su reunión ni emitirá su voto, cuando se

trate de negocio en que tengan interés él, sus descendientes, ascendientes ó consorte; pero podrá ser oído, si el consejo lo estima conveniente.

Concordancias.—Análogo al art. 201 del proyecto de Código de 1851, é igual al 271 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 308. El tutor y el protutor tienen obligación de asistir á las reuniones del consejo de familia, pero sin voto, cuando fueren citados. También podrán asistir siempre que el consejo se reúna á su instancia.

Tiene derecho á asistir y ser oído el sujeto á tutela siempre que sea mayor de catorce años.

Concordancias.—Igual al art. 272 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 305, 306, 307 Y 308.—Para el mejor estudio de estos artículos, relacionados entre sí, prescindiremos del orden de su numeración y examinaremos su contenido desenvolviéndolo en los epígrafes siguientes:

Personas que tienen derecho á asistir á las reuniones del consejo de familia.—El Código no menciona expresamente á los vocales del consejo (les impone la obligación, no establece el derecho); pero es tan indudable su facultad de asistir al consejo que no precisa manifestarlo. Es un derecho inherente á su cargo, como el del Magistrado respecto del Tribunal de que forma parte, derecho que por su naturaleza no requiere consignación.

Pueden asistir el tutor y el protutor (uno ú otro ó los dos) siempre que el consejo se reúna á su instancia (á la de uno de ellos ó á la de ambos). Así lo declara expresamente el art. 308.

El derecho del tutor y del protutor, ¿se limita á la mera asis-

tencia? El art. 308 menciona sólo este particular; mas creemos que se extiende al de poder intervenir en la discusión. Respecto del protutor no existe duda. El párrafo último del art. 236 dice que «el protutor puede asistir á las deliberaciones del consejo y *tomar parte en ellas;* pero no tiene derecho á votar». No hay artículo referente al tutor, mas no es posible sostener criterio distinto del relativo al protutor. En primer término, el art. 308 no lo prohibe, y en general es lícito hacer todo lo no prohibido por la ley; en segundo, que sería inútil la asistencia del tutor á las reuniones del consejo si su intervención fuera negativa, esto es, limitada á no hacer, ó en palabras vulgares si bien graficas: ver, oir y callar. No; el tutor debe tener intervención en las deliberaciones del consejo, porque todas han de afectar directa ó indirectamente al sometido á tutela y es necesario escuchar la voz de su representante. Hay otra consideración sencilla que convence de la certeza de lo sustentado por nosotros. Hablamos del caso en que el consejo se reúna á instancia del tutor. Éste, al pedir la reunión, ha de ser para algún asunto de la competencia de aquél; luego al tutor compete exponerlo, y una vez expuesto, defenderlo ó modificarlo; en una palabra, discutir acerca del objeto de la convocatoria del consejo. Para compenetrarse de la exactitud de lo expuesto bastará traer á colación cualquiera de los casos del artículo 269 Si el tutor pide la reunión del consejo, por ejemplo, para tomar dinero á préstamo, es indudable que deberá y podrá exponer ante él la cantidad que ha de recibir, las condiciones del contrato, la persona con la que haya de celebrarse éste, etc. Decimos lo mismo del caso del art. 270, relativo á la enajenación ó gravamen de bienes muebles ó inmuebles del menor ó incapacitado, en el que manifestará al consejo la utilidad ó necesidad del acto que trate de realizar, y de el del 274, concerniente á la transacción ó juicio arbitral.

De lo que carece el tutor, y lo mismo el protutor, como ya lo determina el art. 236, es de voto. La razón es obvia: el consejo de familia es quien tiene facultad para tomar los acuerdos sobre los asuntos de su competencia; han de intervenir por consiguiente sólo sus individuos. De lo contrario, el tutor y el protutor serían vocales del consejo, ostentando un doble carácter que rechaza la naturaleza de uno y otro cargo y su diversidad de funciones. El tutor y el protutor tienen el derecho de exponer ante

el consejo las proposiciones que estimen convenientes, y apoyarlas: es atribución del consejo decidir sobre ellas. Aquéllos tienen la misión de proponer: éste el de votar, el de fallar. El tutor y el protutor son las partes que comparecen ante el consejo. Este es el Tribunal que ha de resolver sobre las pretensiones de aquéllos. Conceder, pues, voto al tutor y al protutor implicaría una lamentable confusión de funciones que tienen perfectamente marcados sus linderos, y una infracción del axioma jurídico de que «nadie puede ser Juez y parte en un mismo asunto».

Tiene derecho también para asistir y ser oído —declara el párrafo último del art. 308—el sujeto á tutela, siempre que sea mayor de catorce años.

El autor del Código, recordando tal vez que con arreglo á la ley Procesal el varón y la mujer mayores respectivamente de catorce y doce años podían comparecer ante el Juez en algunos casos (designación de curador para bienes ó para pleitos), ha querido, deseo plausible por nuestra parte, concederles por analogía el derecho de comparecer ante el consejo de familia.

Diferéncianse, sin embargo, el precepto de la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 1.845 y 1.856) y el del art. 308 del Código en dos particulares: en cuanto á su extensión y respecto de la edad del sometido á tutela. El de la citada ley se circunscribía á un solo caso, á una sola facultad, nombramiento de curador *ab-bona* ó *ad litem:* el del Código alcanza á todos los que sean de la competencia del consejo. Puede asistir á la reunión de éste, cualquiera que sea el objeto de la misma, ya sea la convocatoria de oficio (presidente), ya á instancia de parte (vocales, tutor ó protutor), con la sola condición de ser mayor de catorce años. Este es el otro particular en que se apartan la ley adjetiva y el Código: la edad. Aquélla, de conformidad con la legislación de Partida, señalaba la de doce años para la mujer y catorce para el varón; el art. 308 no establece distinción por causa del sexo; proclama la igualdad de ambos: catorce años para uno y otro.

La disposición está redactada en términos amplísimos en cuanto á la persona, que constituyen un defecto de la misma. El sujeto á tutela, dice el artículo, comprendiendo á todos, cuando alguno de ellos, el loco, demente ó imbécil, carecen por completo, no sólo de personalidad jurídica, sino de capacidad física. Los demás individuos sometidos á tutela tendrán más ó menos restrin-

gida su personalidad jurídica, y aun anulada; pero poseen inteligencia y pueden pensar y discurrir, cosa que no sucede con el loco y el imbécil.

Hay otro caso en que el sometido á tutela tampoco puede asistir al consejo, aunque tiene capacidad intelectual: el del interdicto. La interdicción presupone un fallo condenatorio en causa criminal, que exige á su vez el cumplimiento de la pena. La pena es la de privación de libertad (cadena perpetua ó temporal). Luego el interdicto no puede asistir á las reuniones del consejo, porque no le es posible legalmente franquear las puertas del establecimiento penitenciario donde cumple su condena.

En contra de lo expuesto pudiera alegarse, atendiendo á las palabras del párrafo que comentamos, «mayor de catorce años», que se refiere sólo á la tutela del menor; pero como de hacer una afirmación hay que admitir indeclinablemente las consecuencias que de ella se derivan, precisa manifestar que, en tal supuesto, resultaría que el menor de edad, mayor de catorce años, gozaría de capacidad para asistir á las reuniones del consejo, careciendo de ella, por el contrario, el sordomudo y el pródigo. La consecuencia sería absurda; y por eso no puede menos de rechazarse el principio de que trae causa. Lo que en nuestro entender quiere decir el artículo, y nos parece la interpretación más acomodada á razón y á justicia, es que tienen el derecho de asistir á la reunión del consejo y ser oídos por él, el sordomudo, el pródigo y el menor, siempre que haya cumplido catorce años. Ésta, si no es la interpretación legal, parece la ajustada á equidad.

Personas obligadas á asistir á las reuniones del consejo de familia.—Tienen, en primer término, tal obligación, conforme al artículo 306, los vocales del consejo, pero limitada á las reuniones del mismo á *que fueren convocados*. Fijándonos en estas palabras hemos distinguido entre el derecho y la obligación de los vocales. Tienen derecho para asistir á todas las sesiones del consejo, sean ó no avisados para ello, sin otra excepción que la del artículo 307; sólo tienen obligación de asistir á las que fueren convocados.

Exímeles únicamente de la obligación una excusa legítima (enfermedad, imposibilidad por distancia, accidente en el camino ó viaje) ú otra, estimada como tal por el presidente del consejo. Si no asistieren ni alegaren la excusa, éste, dice el párrafo segun-

do del art. 306, lo pondrá en conocimiento del Juez municipal, quien podrá imponerles una multa, que nunca excederá de 50 pesetas. Para la imposición de la multa no basta, pues, el mero hecho de la falta de asistencia ó la no alegación de la excusa: es preciso acudir á la autoridad del Juez municipal del domicilio del consejo, á cuyo arbitrio y potestad deja la ley la imposición.

La alegación de la excusa deberá hacerse con anterioridad á la reunión del consejo, ó en el día en que tenga lugar. Es dable, sin embargo, que por causa independiente de la voluntad del excusado no llegue á conocimiento del presidente del consejo en el momento oportuno, que el presidente comunique al Juez municipal la falta de asistencia del vocal ó vocales, y éste les imponga una multa. ¿A quién tendrán que recurrir en tal caso para pedir se alce la multa, en vista de la excusa legítima que no pudieron alegar en tiempo? ¿Al presidente del consejo ó al Juez municipal? Entendemos que á éste. El presidente es competente para conocer de la legitimidad ó insuficiencia de las excusas, hasta el momento en que ponga en conocimiento del Juez municipal la falta de asistencia del vocal. Desde este instante, la autoridad del presidente pasa al Juez municipal, y éste es quien tiene facultad para imponer la multa, y, por consiguiente, para levantarla, juzgando sobre la validez de la excusa.

El tutor y el protutor están asimismo obligados á asistir cuando fueren citados, según preceptúa el párrafo primero del artículo 308. Gozan del derecho de asistir con arreglo al segundo párrafo del mismo, si ellos piden la reunión; tienen la obligación de concurrir á las sesiones en el caso de ser convocados.

En este caso carecen también de voto. Podrán manifestar su opinión sobre el asunto que se discuta en el consejo, porque si no, sería estéril su presencia, constituyendo verdaderas figuras de adorno, como ya queda consignado en otro lugar de este comentario; pero no votar, porque se convertirían en vocales del consejo. Éste, el tutor y el protutor, deben caminar paralelamente á un mismo fin: la buena gestión de los intereses confiados á su cargo, mas sin confundir sus respectivas atribuciones, que perjudicaría á los mismos intereses de que eran salvaguardia.

Quiénes tienen prohibición de asistir.—El art. 307 lo declara: todo vocal del consejo cuando se tratare de una reunión en la

que se haya de discutir un negocio en que tengan interés él y sus descendientes, ascendientes ó cónyuge.

La prohibición, semejante á la del art. 218 del Código portugués, obedece al deseo del legislador de evitar que el vocal á quien aquélla alcance, guiado por su interés personal ó el de familia, lesione los del menor ó del incapacitado. Su consignación era necesaria, puesto que el interés directo ó indirecto en el pleito es respectivamente causa de recusación ó de tacha con relación al Juez ó Magistrado y al testigo. El precepto del Código español, aunque derivado del de Portugal, es más rigoroso que éste. Prohibe (el portugués) la asistencia al vocal del consejo cuando su interés, el de sus ascendientes, descendientes ó consorte sea opuesto al del menor; el nuestro requiere sólo para que rija el impedimento que exista interés, sin precisar que sea contrario al del sometido á tutela; tanto uno como otro son á su vez más restrictivos que el de Italia (el francés no contiene disposición sobre el particular), que en el párrafo primero del artículo 259 limita la prohibición al caso en que tenga interés el vocal del consejo, sin mencionar sus parientes. Nosotros la hubiéramos ampliado hasta los colaterales de segundo grado.

«Interés» es provecho, utilidad, ganancia: de modo que cuando exista esto, reina la prohibición. No basta, sin embargo, el interés: es menester que se trate de un negocio, ó sea de un acto ó contrato en que medie aquél. Decimos esto porque habrá casos en que el consejo trate de asuntos de interés; pero éste no provenga de negocio, sino herencia, en que esté interesado el menor y alguno y aun todos los vocales. La restricción se limita al caso del negocio, es decir, á aquellos asuntos que indiquen la idea de lucro.

Las palabras del artículo referentes al parentesco, causa de la prohibición, exigen una aclaración que permita fijar sus verdaderos alcance y sentido. Dada la reciprocidad que en el artículo se establece, teniendo en cuenta las personas que según el párrafo primero del art. 294 pueden ser individuos del consejo de familia, en el caso de que formen parte de éste ascendientes y descendientes de una misma persona, ¿será recíproca la prohibición? Si un vocal ascendiente de otros vocales del consejo tiene interés en un negocio, los vocales que sean descendientes de aquél ¿podrán ó no asistir á la reunión en que se trate de dicho

negocio? Un ejemplo facilitará el estudio del caso expuesto. Existe un loco cuyo tutor, conforme al núm. 1.° del art. 220, es su esposa. El consejo se compone del padre del incapacitado, de tres hijos y de un hermano. Hay un negocio en que tiene interés el abuelo (ascendiente); los tres descendientes de él (nietos, hijos del loco), vocales también del consejo, ¿estarán comprendidos dentro del precepto del art. 307? La cuestión, como vemos, es importantísima, porque de responder afirmativamente resulta que siendo cuatro los vocales á quienes alcanza la prohibición y uno solo el capaz, no es posible reunir el consejo ni tomar acuerdo alguno. ¿Qué contestación ha de darse á la pregunta? Con arreglo á los términos literales del artículo, no puede menos de ser afirmativa. Dice que *ningún vocal del consejo* de familia asistirá á sus reuniones cuando se trate de negocio en que tengan interés él, sus descendientes, *ascendientes* ó cónyuge: es así que existen tres vocales *descendientes* de otro vocal que tiene interés en el asunto que ha de discutir el consejo; pues á tenor de las palabras del artículo, no puede asistir.

Atendiendo al fin que se propuso el legislador al establecer el artículo, la respuesta debe ser por el contrario (negativa) en el caso, al menos, de que los vocales del consejo sean parientes del sometido á tutela en línea recta ó en el primer grado de la colateral. El legislador consignó la regla del 307 para impedir, como ya hemos expuesto, que el vocal ó los vocales que tuviesen interés en el asunto, ya directo ó sea por sí, ya indirecto ó por sus parientes, dejándose arrastrar por él, lo sobrepusiesen al del menor ó incapacitado con perjuicio de éste. Ahora bien: el temor desaparece, ó es de presumir racionalmente que no exista, cuando los vocales del consejo son parientes del sometido á tutela en grado tan inmediato como abuelo, padre ó hijo. Por eso, partiendo de ese criterio, acaso equivocado, pero lógico, entendemos que la disposición se refiere á los descendientes y ascendientes del vocal del consejo que no sean ellos á su vez vocales, ó cuando siéndolo, no se encuentren ligados con el menor ó incapacitado por parentesco de línea recta ó primer grado de la colateral; en una palabra, siempre que se trate de vocales del consejo de familia que no sean por derecho propio, es decir, de los comprendidos en el párrafo primero del art. 294.

En cuanto al parentesco, comprende, según nuestro criterio,

al legítimo y al ilegítimo, porque la prohibición se funda en el interés producido por el afecto, de que es causa la comunidad de sangre. Respecto del cónyuge, la restricción no existirá, creemos, en el caso de estar separado por sentencia firme de divorcio.

Queriendo sin duda el legislador que resultase bien definida la prohibición, y no menos comprensible su deseo al establecerla, no sólo declara que el vocal que tenga interés, él ó sus parientes, en el grado señalado por el artículo, «no asistirá á la reunión del consejo,» sino que añade que «ni emitirá su voto.» A primera vista, parece que esta última disposición es innecesaria, puesto que quien no puede asistir á una reunión es imposible que emita su voto en ella; pero entendemos, de conformidad con las últimas palabras del artículo, que la prohibición del sufragio (se nos permitirá la palabra) se refiere al caso en que asista, por estimarlo así conveniente el consejo. Lo que quiere decir, por consiguiente, es que cuando asista por indicación del consejo puede ser oído, pero no emitir su voto. El defecto existe, originado por la redacción del artículo, aunque pueda ser salvado por una interpretación racional. Para evitarlo, y á su vez el indicado anteriormente, bastaba que el artículo estuviera redactado en estos términos: «Ningún vocal del consejo de familia asistirá á su reunión cuando se trate de negocio en que tengan interés él, sus descendientes, ascendientes, siempre que no sean parientes del menor ó incapacitado ó lo sean desde el cuarto grado colateral en adelante, y el cónyuge no separado por sentencia firme de divorcio. Podrá ser oído, si el consejo lo estima conveniente, pero sin emitir su voto en este caso.»

Requisitos para la adopción de acuerdo por el consejo de familia.—El consejo de familia—dice el art. 305 en su primer párrafo—no podrá adoptar resolución sobre los puntos que le fueren sometidos sin que estén presentes, por lo menos, tres vocales. Este es el primer requisito: el número de vocales.

El número de tres, ¿ha de ser suficiente en todos los casos para el efecto de poder tomar acuerdos? Así parece desprenderse de las palabras del artículo; pero conviene tener en cuenta el motivo á que obedece su consignación. El legislador ha fijado el número de tres vocales porque ha partido del supuesto de que el consejo de familia se ha de componer de cinco, de modo que siendo la mayoría absoluta tres, claro es que ha de bastar para la adopción

de un acuerdo. El número de cinco es, en efecto, el que pudiéramos denominar legal, como vemos en el art. 294, el que ha estimado oportuno señalar el legislador y regirá indudablemente en la mayoría de los casos; mas en el párrafo primero de dicho artículo vemos que en algunos el consejo podrá estar constituído por mayor número de vocales, puesto que no le limita. Todas las personas mencionadas en él, ascendientes y descendientes varones, hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, tienen derecho, *ipso facto*, por el mero hecho de ostentar tal grado de parentesco, de formar parte conjuntamente del consejo de familia, *cualquiera que sea su número*. Puede ser éste el de siete ó nueve, por ejemplo, y preguntamos: ¿bastará en este caso la asistencia de tres vocales á la reunión del consejo para adoptar acuerdos? Entendemos que no. Como hemos dicho antes, el art. 305 fija el número de tres, no por capricho, no por creer que con tres vocales bastan para discutir un asunto, sino porque tres es mayoría absoluta de cinco, que es, según hemos también expuesto, el número-tipo para la constitución del consejo. La idea del legislador fué, pues, en nuestra opinión, buscar la mayoría absoluta del número de individuos que compongan el consejo en cada caso, fijando un número porque entendió, repetimos, que es el que ha de regir con más constancia. No hay que fijarse para interpretar un artículo sólo en lo que dice literalmente: hay que atender á lo que quiere decir, sobre todo, cuando el espíritu se acomoda á la razón y á la práctica. La razón, por cuanto que ésta indica que en todo organismo, cuerpo ó entidad, compuesto de varios individuos con iguales derechos, ha de ser ley lo acordado por la mayoría de todos los que la constituyan, no por una minoría. La práctica, porque la consignada por nosotros es la aceptada por la costumbre con fuerza de verdadera ley.

Este es nuestro criterio. Como producto de la inteligencia humana, no es infalible, y acaso, apartándonos de la certeza, incurramos en error. Aceptamos gustosos el destierro, puesto que la lógica y la equidad nos acompañan en nuestro ostracismo.

Los acuerdos—expresa el párrafo segundo del artículo que comentamos, ó sea del 305—se tomarán siempre por mayoría de votos. Aquí encontramos ya, no un número determinado como el de tres, sino el de la mayoría; pero tampoco se manifiesta de

quiénes han de ser los votos de esa mayoría, aunque se deduzca con facilidad. La mayoría ¿ha de ser de los individuos que constituyan el consejo ó de los que asistan á la reunión en que se tome el acuerdo? Indudablemente que ha de ser lo último: la mayoría de los vocales asistentes, siempre que á su vez sea la mayoría absoluta de los que componen el consejo. La mitad más uno de los individuos que forman el consejo permite ya que se tomen acuerdos, por ser una reunión legal; luego el acuerdo del mayor número de los asistentes á la misma ha de tener forzosamente dicho carácter, ha de ser válido. Exceptuamos el caso del art. 242, para el que creemos precisa la unanimidad, no de los vocales asistentes, sino del consejo, de todos los que le compongan.

Consigna el art. 305 en último término una regla sancionada por la costumbre y la práctica, constitutiva de una ley de carácter universal de la vida de todas las sociedades ó corporaciones: la de que el voto del presidente decidirá en caso de empate.

Este precepto indica cuál ha de ser la norma de la conducta del presidente. Pondrá á discusión y votación los asuntos, y cuando todos los vocales hayan votado, lo hará él, siempre que haya empate ó que no resulte éste de su voto. El primer caso (el de que hubiere empate) no hay duda. Son cuatro los vocales asistentes al acto, y el presidente; dos votan en pro, dos en contra: hay empate; el presidente decide con su voto. El segundo, esto es, que de su voto no resulte empate, requiere una aclaración. Supongamos que asisten el presidente y cuatro vocales y se adopta un acuerdo por tres votos contra uno; aunque el presidente vote de acuerdo con este último, su voto no influye en nada.

En nuestro sentir, y creyendo interpretar con exactitud la idea del legislador, el presidente debe abstenerse de votar, salvo el caso de empate. Su cargo es el de dirigir la discusión en las sesiones y ejecutar los acuerdos del consejo. A éste es, pues, á quien corresponde tomar los acuerdos, mediante el voto de sus vocales.

Un ejemplo facilitará la comprensión de lo expuesto. A una reunión del consejo (suponiendo que se compone de cuatro vocales y el presidente) asisten tres vocales y el presidente. Pónese á votación, v. gr., el extremo de si ha de autorizarse al tutor para vender un inmueble del menor ó incapacitado, y votan dos en pro

y uno en contra. El presidente ¿podrá votar en este último sentido? Pensamos que no, porque en este caso, lejos de resolver su voto el empate, daba lugar á él. Sólo puede hacerlo, según nuestra opinión, en los casos de empate ó cuando su voto no influya en nada, por tomarse el acuerdo por unanimidad, ó porque el voto del presidente no determinase ni mayoría ni minoría, sino que fuese un voto más de una ó de otra. Lo que podrá hacer es emitir su opinión para que se consigne en el acta, especialmente á los efectos del párrafo segundo del art. 312, si entendiere que el acuerdo podía causar perjuicios al sujeto á tutela.

Validez de los acuerdos del consejo de familia.—Exige el Código varios requisitos para la adopción de acuerdos; luego la falta de alguno ó de varios de ellos deberá llevar consigo la nulidad del mismo, á tenor del art. 4.° del Código, que declara nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley.

Así, si se toma un acuerdo por menor número de vocales que el determinado en el art. 305, ó si asiste á la reunión y emite en ella su voto alguna de las personas á quienes está prohibido por el art. 307, creemos que, con sujeción estricta á la ley, el acuerdo será nulo, porque va contra lo ordenado en ella.

Idéntica consideración se ofrece respecto de la asistencia del tutor ó protutor ó del sometido á tutela. Si aquéllos pidiesen la reunión del consejo, ó estando ausentes éste celebra sesión sin su presencia, la sesión adolece, conforme á nuestro criterio, de un vicio ingénito de nulidad por celebrarse *contra* lo dispuesto en el artículo 308.

En este caso, y en sus similares, procederá la alzada establecida en el art. 310.

ART. 309. El consejo de familia conocerá de los negocios que sean de su competencia conforme á las disposiciones de este Código.

Concordancias.—Igual al art. 273 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Las atribuciones del consejo de familia se hallan esparcidas en el Código; el autor de éste no ha estimado oportuno reunirlas en un artículo para evitar repeticiones. De aquí el carácter general del presente artículo, de mera referencia, limitado á manifestar que el consejo conocerá de los negocios que sean de su competencia, sin expresar cuáles sean éstos. Nosotros los expondremos en forma adecuada para su mejor comprensión.

Atribuciones del consejo de familia.—1.ª Asistir al otorgamiento del documento en que el menor de edad contraiga la promesa de celebrar matrimonio, para el efecto de que éste quede obligado á resarcir á la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido, si rehusare casarse sin justa causa (artículo 44). 2.ª Conceder licencia para contraer matrimonio al menor sometido á tutela, si no existiesen abuelos (art. 46). 3.ª Dar el consentimiento para la adopción, y exigir en su caso la fianza correspondiente (artículos 166 y 178). 4.ª Vigilar este ejercicio (artículo 201). 5.ª Aprobar el nombramiento de tutor y protutor para los hijos de su primer matrimonio, hecho por la madre viuda que ha contraído segundas nupcias (art. 296, pár. 2.º). 6.ª Aceptar la herencia ó el legado dejados por un extraño, para que surta efecto el nombramiento de tutor ó protutor hecho por aquél (artículo 207). 7.ª Declarar qué tutor debe ser preferido cuando hubiere más de uno, en el caso de haber sido nombrado alguno por un extraño que hubiese instituído heredero al menor ó al incapaz, ó dejado manda de importancia (art. 209). 8.ª Ser oído por los Tribunales antes de declarar éstos la incapacidad de una persona (artículo 216). 9.ª Autorizar al defensor del incapacitado para entablar el juicio ordinario correspondiente contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad (art. 219). 10. Ser consultado por el incapacitado ó por el tutor, en los casos que determine la sentencia declarativa de la prodigalidad (art. 221). 11. Elegir tutor en defecto del testamentario y de personas llamadas á la tutela legítima (art. 231). 12. Nombrar protutor cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho á elegir tutor para los menores (artículo 233). 13. Declarar la incapacidad y acordar la remoción del tutor (artículos 239 y 240). 14. Proveer la tutela vacante cuando el tutor no formule su reclamación ante los Tribunales contra la declaración de incapacidad ó remoción dentro de los

quince días siguientes al en que se le haya comunicado la resolución (art. 240). 15. Proveer al cuidado de la tutela, en el caso de que por causa de incapacidad no entrare el tutor en el ejercicio de su cargo, mientras se resuelva definitivamente sobre el impedimento (art. 243, pár. 1.°). 16. Resolver sobre las excusas alegadas por el tutor (artículos 247 y 248). 17. Nombrar persona que sustituya al tutor excusado durante el juicio de excusa, si éste no quiere ejercer el cargo (art. 250). 18. Exigir al tutor la prestación de fianza, señalando su cuantía y haciendo su calificación (artículos 252 y 255). 19. Determinar los actos administrativos que el protutor ha de ejercer en tanto se constituya la fianza por estimarlos indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos (art. 256). 20. Pedir la inscripción de la fianza hipotecaria ó el depósito de la pignoraticia (art 258). 21. Pedir el aumento de la fianza constituída por el tutor ó acordar su disminución si lo solicitare el tutor, según las vicisitudes que experimente el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que esté constituída (art. 259, pár. 1.°). 22. Exigir la constitución de la fianza al tutor testamentario relevado por el padre ó por la madre de tal obligación cuando, con posterioridad á su nombramiento, sobrevengan causas ignoradas por el testador que hagan indispensable la fianza, á juicio del consejo (art. 260, núm. 2.°). 23. Poner en posesión de su cargo á tutores y protutores (art. 261). 24. Determinar, en vista del inventario, la parte de rentas ó productos que han de invertirse en la alimentación del menor ó incapacitado, cuando nada se hubiese resuelto sobre este particular en el testamento de la persona que hizo el nombramiento (artículos 264, núm. 1.°, y 268, pár. 1.°). 25. Señalar el término dentro del cual el tutor ha de hacer inventario de los bienes sujetos á tutela (art. 264, núm. 3.°). 26. Elegir los dos testigos que han de practicar el inventario con intervención del protutor, y decidir si ha de autorizar el acto algún Notario (art. 265). 27. Determinar las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles ó industriales que á su juicio no han de estar en poder del tutor y deben ser depositados en un establecimiento destinado á este fin, y designar los peritos que han de apreciar los muebles y semovientes, si no estuvieren tasados (artículo 266). 28. Aumentar ó disminuir la parte de rentas ó productos de los bienes del menor ó incapacitado destinada á

su alimentación, en relación con el aumento ó disminución del patrimonio de aquéllos, ó el cambio de su situación (art. 268, párrafo 2.°). 29. Autorizar al tutor para los diversos actos comprendidos en el art. 269, con los requisitos establecidos en los 270, 271, 272 y 274 (artículos ídem). 30. Autorizar las donaciones que los menores puedan hacer y recibir en su contrato antenupcial (artículos 275, núm. 1.°, y 1.329). 31. Autorizar al tutor para comprar por sí ó por medio de otra persona bienes del menor ó incapacitado (art. 275, caso 4.°). 32. Fijar la retribución del tutor con arreglo á la importancia del caudal y al trabajo que ha de proporcionar su administración, dentro de un mínimun y un máximun respectivamente de un 4 y un 10 por 100, cuando la retribución no hubiese sido fijada por los que nombraron el tutor testamentario, ó cuando se tratare de tutores legítimos ó dativos (art. 276). 33. Sostener en juicio el acuerdo relativo á la retribución del tutor (art. 277). 34. Censurar las cuentas anuales de la tutela que rinda el tutor obligado á darlas, ó sea el pariente colateral del menor ó incapacitado y el extraño que no hubiesen obtenido el cargo con la asignación de frutos por alimentos (artículo 279). 35. Censurar la cuenta general que rinda el tutor que sea reemplazado (art. 280). 36. Censurar é informar las cuentas generales de la tutela (art. 282). 37. Denunciar los delitos cometidos por el tutor en el ejercicio de la tutela (art. 285, párrafo 2.°). 38. Dictar las medidas necesarias para atender á la persona y bienes del menor ó incapacitado y constituir la tutela (artículo 301). 39. Entregar al terminar la tutela al que hubiese estado sujeto á ella, ó á quien represente sus derechos, las actas de sus sesiones (art. 311). 40. Conceder al menor el beneficio de la mayor edad con los requisitos determinados en los artículos 322 y 323 (artículos ídem). 41. Autorizar al tutor para que acepte la herencia dejada al menor ó al incapacitado (art. 992, párrafo 2.°, en relación con el núm. 10 del 269). 42. Autorizar al mismo para transigir ó comprometer en árbitros los derechos de la persona sometida á tutela (artículos 1.810, pár. 1.°, y 1.820, en relación con el núm. 12 del 269 y el 274). 43. Concurrir al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales del menor sometido á tutela y á las modificaciones que puedan hacerse en ellas (artículos 1.318 y 1.319). 44. Exigir del marido de la mujer menor de edad la inscripción á su nombre y constitución de hipoteca á favor

de aquélla sobre los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada ú otros bastantes para garantir la estimación de aquélla y asegurar con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes que como dote estimada se le entreguen (art. 1.349, en relación con el párrafo último del 1.352). 45. Intervenir en la enajenación ó gravamen de los bienes de la dote inestimada de la mujer menor de edad (art. 1.361). 46. Acordar con el heredero del autor de una obra que ésta no se publique (art. 44 de la ley de propiedad intelectual, pár. 2.°).

ART. 310. De las decisiones del consejo de familia pueden alzarse ante el Juez de primera instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el tutor, el protutor ó cualquier pariente del menor ú otro interesado en la decisión, salvo el caso del art. 242.

Concordancias.—Igual al art. 274 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Sobre el consejo de familia, órgano del derecho en la esfera tutelar, tribunal especial dentro de ella, coloca la ley á los Tribunales ordinarios: son su superior jerárquico. De las decisiones del consejo—dice el artículo, corroborando nuestra afirmación—se puede acudir al Juez de primera instancia.

La importancia de la doctrina del artículo obliga á estudiar su contenido en la forma siguiente:

Quiénes pueden recurrir contra los acuerdos del consejo de familia, y acuerdos sujetos á la alzada.—En dos clases ó categorías pueden dividirse: personas que tienen tal derecho por virtud de su cargo, ó de la relación que les une con el sometido á tutela; personas que lo tienen sólo por afectarles la decisión contra la que se alcen. El derecho de los primeros es perpetuo y general; dura mientras conserven su cargo ó su carácter, y se refiere á todas las decisiones del consejo. El de los segundos es

temporal y especial; se limita al acuerdo en que tengan interés. Están comprendidos en el primer caso los vocales del consejo, el tutor, el protutor y los parientes del menor; circunscríbese el segundo á las personas ligadas por algún interés con la decisión recurrida.

Basta el título de tutor, protutor ó pariente del sujeto á tutela, para ser *parte legítima* ó tener personalidad para alzarse del acuerdo del consejo, pero no es suficiente el de vocal del consejo. Precisa además haber *disentido de la mayoría al votarse* el acuerdo, es decir, *haber votado en contra*. El fundamento de esta distinción es lógico: el tutor, el protutor y el pariente (no vocal del consejo), no son miembros del consejo ni pueden emitir su voto: el vocal del consejo está obligado á asistir á sus reuniones, tomar parte en ellas con su opinión y su voto porque lo exige su cargo. Sólo, pues, al que cumple con su deber le concede la ley el derecho de alzarse ante el Juez.

Gozan también permanentemente y con carácter general del derecho de recurrir contra la decisión del consejo los parientes del menor. Así dice el artículo «del menor;» ¿por qué no incluir al incapacitado? Lo ignoramos. Creemos que es sólo una omisión. La razón que haya inducido al legislador para establecer respecto del pariente del menor la facultad mencionada en el artículo, existe con relación al del incapacitado. Si se encuentra consignada por la presunción del cariño que lleva consigo el parentesco, esa presunción reina igualmente en el caso del menor y en el del incapacitado. Además, que si el extraño disfruta del derecho señalado en el artículo que estudiamos, no hay razón para excluir al pariente, como lo hace al no mencionar al del incapacitado.

Como compensación á este defecto, cabe decir que el legislador ha querido mostrarse con espíritu verdaderamente expansivo y amplio (acaso en demasía) en cuanto á las personas que en concepto de parientes puedan usar del derecho establecido en el artículo 310. No señala ésta ó la otra clase de parentesco; no fija un grado que sirva de frontera al ejercio del derecho, no; habla en términos ilimitados: *cualquier pariente*. Palabras tan concluyentes autorizan á manifestar que el derecho alcanza á todos los parientes del menor ó incapacitado, cualquiera que sea la calidad del parentesco (legítimo ó ilegítimo), y el grado de éste.

¿El precepto comprende sólo á los parientes varones, ó se extiende también á las hembras? Verdad es que éstas se hallan excluídas del consejo de familia; pero aquí ya no se trata de esto, sino de alzarse de un acuerdo del mismo, de un acto fuera del consejo.

El Código establece la disposición partiendo sin duda alguna de la presunción del cariño que los parientes han de sentir por el menor ó incapacitado; luego siendo así, hay que considerar incluídas en primer término á las mujeres, que encierran por naturaleza mayor afecto y cariño más tierno que los hombres.

Aparte de esta razón de carácter convencional, hay otra de índole legal. El párrafo 2.° del art. 320 declara que «el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.» Es así que el art. 310 no establece restricción alguna por razón del sexo, luego no puede considerarse privada á la mujer del derecho del art. 310. Aun suponiendo que el uso del derecho consignado en dicho artículo no sea «un acto civil» en sentido estricto, conviene tener en cuenta que la restricción ó privación de una facultad debe hallarse establecida expresamente en la ley; no es posible por tanto estimar incapacitada á la mujer de la comprendida dentro del repetido art. 210, cuando, lejos de imponer una restricción, habla en términos tan generales y emplea conceptos tan amplios como hacer extensivo el derecho «*á cualquier pariente* del menor.»

Tiene también derecho para alzarse de las decisiones del consejo todo interesado en ellas. No es posible señalar de antemano á quiénes comprenderá la disposición del artículo. Las personas interesadas variarán en cada caso, y esto tenemos que hacer: examinar las diversas decisiones que puede acordar el consejo en relación con los negocios de su competencia, para inducir de los casos particulares la ley general.

1.° *Promesa de futuro matrimonio.*—Art. 44. Sabido es que, conforme al art. 46, para que esta promesa produzca los efectos señalados en él, es preciso que se haga, si se trata de un menor, con la asistencia de *la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio.*

¿Quién podrá considerarse interesado en la decisión del acuerdo? El sometido á tutela, porque se relaciona directamente con su derecho, y el futuro cónyuge, y si es menor, también su repre-

sentante legal. Pero según nuestro criterio, este acuerdo no está comprendido dentro del art. 310, por la sencilla razón de que la resolución del Juez favorable al otorgamiento del documento sería afirmar judicialmente los esponsales de futuro, que el Código da validez sólo en la forma del art. 44.

Licencia para contraer matrimonio.— Art. 46. En este caso no hay que estudiar quiénes pueden alzarse de la decisión del recurso, sino una cuestión previa, si cabe recurrir contra el acuerdo del consejo. Obliga á esto el art. 49 del Código al decir que «ninguno de los llamados á prestar su consentimiento ó consejo está obligado á manifestar las razones en que se funda para concederlo ó negarlo, *ni contra su disenso se da recurso alguno*». Cuando el acuerdo sea negativo no es posible, como vemos, alzarse de él. ¿Y cuando la decisión sea afirmativa? Parece que en este caso no hay cuestión; pero bien pudiera suceder que el padre ó el tutor del futuro cónyuge del menor no estimasen conveniente el matrimonio autorizado por el consejo; ¿podrían alzarse del acuerdo de éste? Están, sí, interesados en la no celebración del matrimonio; mas no es suficiente este interés. En nuestro sentir, el interés debe ser mediato, es decir, nacido de un acuerdo que afecte mediata y directamente á la persona; en una palabra, que la decisión del consejo se refiera desde luego á ella (caso de que el interés no proceda de un derecho creado por la ley ó la voluntad particular). Así, el menor es interesado porque la decisión concierne á su matrimonio; pero no otras personas. Se necesita, pues, un interés de primer grado, no de segundo ó de reflexión, que pudiéramos llamar. Además, que resultaría en el caso concreto objeto de crítica que la voluntad del padre ó la madre ó tutor del futuro cónyuge se vendría á sobreponer á la decisión del consejo.

El tutor, el protutor ó los vocales que hubieren disentido del acuerdo, oponiéndose al matrimonio, ¿podrán impugnar el consentimiento concedido por el consejo? Nuestra opinión es negativa.

El espíritu del Código es que la licencia ó el consejo dependa exclusivamente de la voluntad, del acuerdo de las personas llamadas á otorgar una ú otro. El consejo de familia, para este efecto, no es un conjunto de varias personas, sino una sola entidad que no puede tener más que un criterio. Y resultaría des-

truído el espíritu de la ley y esta unidad de criterio si por causa de la alzada, el Juez revocaba la decisión del consejo. La licencia sería concedida en tal caso, no por éste, que es lo que la ley quiere, sino por el Juez.

Esto es lo que se desprende de la naturaleza especial del acuerdo relativo al consentimiento; pero, como decíamos en el comentario del art. 49 (*tomo II*), estimamos que debería exceptuarse el caso referente al consejo de familia.

Adopción.—Art. 178. Este artículo exige como requisito para la adopción del menor sometido á tutela, el consentimiento de la persona que deba darlo para el matrimonio, ó sea del consejo, en defecto de los abuelos. Distinguiremos también los dos casos: que el acuerdo sea afirmativo, que sea negativo.

En el primero no cabe, según nuestro criterio, ningún recurso porque el acuerdo del consejo no es definitivo ni causa estado, sino que la aprobación de la adopción corresponde al Juez. El Código concede el derecho de alzada para que la autoridad judicial examine la resolución del consejo antes de proceder á su ejecución; no hay necesidad de la alzada cuando la ley declara obligatoria para la validez de la decisión del consejo, la intervención de dicha autoridad. Sería una repetición del mismo requisito.

El consejo, en vista de las manifestaciones del adoptante y de los antecedentes ó datos buscados por él, puede estimar desfavorable la adopción y acordar no conceder el consentimiento. ¿Podrán alzarse del acuerdo los vocales que hayan disentido, el tutor, protutor y el adoptante como interesado? La alzada ha de tener por objeto la revocación del acuerdo del consejo por estimar conveniente para el menor la adopción; luego resultaría que se condensaban en uno los dos requisitos que requiere el Código para aquélla, quedando, fatalmente, suprimido uno: el consentimiento del consejo. El art. 178 declara obligatorio este consentimiento; si no le hay, no puede tampoco haber adopción. Si el adoptado es mayor de edad, el consentimiento lo da él; cuando es menor, lo da su representación legal, ó sea el consejo. Pero en uno ó en otro caso es indispensable. Por consiguiente, la alzada sería, en el caso expuesto, un acto contra ley.

Además, el art. 178 concede al consejo la facultad de examinar las ventajas ó inconvenientes de la adopción y acordar, en su

vista, la resolución que estime pertinente; la alzada iría, pues contra ese libre arbitrio, negándolo, puesto que su decisión podría ser destruída por la voluntad de un extraño.

Aprobación del nombramiento de tutor y protutor hecho por la madre que ha contraído segundas nupcias para los hijos del primer matrimonio (art. 206).—El acuerdo que recaiga sobre este particular, ya en un sentido, ya en otro, es apelable por cuanto que perjudica ó lesiona los derechos de alguna persona. Así, si aprueba el nombramiento, los parientes á quienes correspondería la tutela legítima podrán alzarse del acuerdo si estiman que el nombrado por la madre binuba carece de alguna de las condiciones necesarias para desempeñar el cargo ó reúne cualquiera de las causas que le impiden ejercerlo. Por el contrario, el tutor ó protutor nombrado por la madre es parte legítima para alzarse del acuerdo denegatorio del consejo, pues que tiene interés directo en el asunto, derivado de un derecho preexistente como es su nombramiento por la madre.

Aceptación de la herencia ó legado para el fin de que surta efecto el nombramiento de tutor ó protutor hecho por la persona que haya dejado una ú otro al menor ó al incapacitado.—Son aplicables á este caso las razones expuestas respecto del anterior. El acuerdo que tome el consejo, ya aceptando la herencia ó legado, ya rechazándolos, puede ser impugnado en el primer caso por los que desempeñarían la tutela de no entrar en su ejercicio el nombrado por el testador, bien por disposición de la ley, bien por voluntad particular, en el segundo por el designado en el testamento, puesto que en ambos casos el acuerdo del consejo afecta al derecho de uno y otro de una manera directa, hasta el punto que de la afirmación del de uno depende la exclusión de el del otro.

Los citados no serán sólo los que tengan derecho para alzarse del acuerdo; lo tendrán también los testamentarios, para el efecto de vigilar lo dispuesto en el testamento, y conseguir el cumplimiento de la voluntad del testador. Esto, sobre todo, en el caso de que no esté presente la persona designada tutor.

Declaración de qué tutor debe ser preferido cuando haya varios nombrados en el caso del art. 209.—El acuerdo del consejo ha de determinar la preferencia; luego podrán alzarse de él los demás designados como tutores, que se crean con mejor derecho ó que consideren que el nombramiento del designado adolece de algún

vicio que lo invalida, ó que el nombrado es inhábil para el ejercicio del cargo.

Aparte de esta razón, hay la de que el acuerdo del consejo es definitivo y causa estado, puesto que, conforme al párrafo último del art. 209, á él corresponde hacer la declaración de preferencia.

Autorización al defensor del incapacitado para deducir demanda en juicio ordinario contra el auto poniendo término al expediente de incapacidad (art. 219).—El acuerdo del consejo en este caso es por su naturaleza inapelable, puesto que el artículo (316) concede un derecho que si bien necesita un requisito especial para su ejercicio, en el caso que nos ocupa, al ir contra el acuerdo, se va en realidad contra el precepto legal. Pruébalo el hecho de que si se apelaba y el Juez confirmaba el acuerdo opuesto al ejercicio del derecho, negaba la acción. Sin embargo, si por alguna causa, que no es posible prever ahora, fuese lícito intentar la alzada, tendrían facultad para ello como interesados los que hubieran sido parte en el expediente de incapacidad.

Elección de tutor (*tutela dativa*, *art.* 231).—*Nombramiento de protutor cuando no le hayan nombrado los que tienen derecho á elegir tutor para los menores* (*art.* 223).—Atendiendo al caso en que recaen uno y otro acuerdo, no cabe que existan personas interesadas para el efecto del artículo que estudiamos.

La tutela dativa tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni personas con derecho á la tutela legítima; de modo que no lesionando derecho alguno, nadie puede tener interés directo en la decisión del acuerdo por tratarse de uno derivado de una facultad discrecional del consejo.

Cuando resultare que se desconocía la existencia de personas con derecho á la tutela legítima y se presentaren, claro es que podrían alzarse del acuerdo; pero este no es el caso del art. 231, que descansa sobre la base de que conste con certeza la no existencia de tutor testamentario ó de persona llamada á la tutela legítima.

Lo mismo sucede en el caso del protutor. Como la elección de éste por el consejo ocurre cuando no haya persona designada para tal cargo por los que tienen derecho para ello, el consejo es árbitro de nombrar á quien quiera, salvas las excepciones establecidas por la ley, sin que exista persona con facultad de impugnarlo.

Podrá recurrir contra el acuerdo, por haberse faltado en él á algún precepto legal, cualquiera de las personas mencionadas en el artículo, los vocales del consejo ó el pariente del menor ó incapacitado; pero no el tutor, que no entra en el ejercicio de su cargo hasta estar nombrado el protutor, ni ninguna otra persona porque no hay ninguna interesada.

Declaración de incapacidad y de remoción (*art.* 239).—La resolución del consejo en estos casos afecta directa y exclusivamente al tutor; éste es el interesado en el acuerdo. Ahora bien: tampoco recurre ante los Tribunales con el carácter general de «interesado,» de que habla el artículo que comentamos, sino con el de tutor presunto, usando del derecho establecido en el art. 240.

¿Cabe, sin embargo, que en algún caso exista persona con facultad para recurrir contra el acuerdo del consejo? No es fácil que así suceda; pero tampoco es imposible. Ocurriría en nuestro entender, esto, cuando una persona que no fuese pariente del menor ó incapacitado, ni vocal del consejo de familia, denunciase á éste que el tutor se hallaba comprendido, por ejemplo, dentro de alguno de los casos 2.°, 3.°, 4.°, 6.°, 8.°, 9.° y 10 del artículo 237, y lo justificase. Si el consejo discute sobre el hecho comprendido en la denuncia ó manifestación, pero rechaza por mayoría la inhabilitación ó no acuerda la remoción, en este caso parécenos que la persona que hubiera hecho aquélla tendría derecho para alzarse del acuerdo, puesto que el consejo de familia le había admitido como parte legítima en el mero hecho de deliberar sobre lo manifestado por ella.

Hemos dicho por mayoría porque habiendo unanimidad es el único caso que el Código exceptúa expresa y repetidamente de la alzada en el art. 242 y en el presente.

Proveer á la tutela vacante (*art.* 240) *y á los cuidados de la tutela en el caso del art.* 243.—No son pertinentes estos casos al punto que discutimos, porque una y otra atribución del consejo comprende diversidad de actos, y el art. 310 se refiere al caso de que haya un acuerdo sobre un acto determinado.

Resolución de las excusas (*artículos* 247 *y* 248). — Es aplicable lo expuesto sobre la inhabilitación ó remoción. El Código, en el artículo 249, establece expresamente el derecho de alzada.

Nombramiento de persona que sustituya al tutor excusado durante el juicio de excusa (*art.* 250).—Si el tutor se opone por alguna

causa determinada (no por virtud del acuerdo mismo) á que el sustituto ejerza su cargo, ó á algún acto del mismo en el ejercicio de éste, y sobre uno ú otro extremo recae acuerdo del consejo, dicha persona tendrá derecho para alzarse en su caso de éste.

Si no hay oposición, como el sustituto se subroga en el lugar del sustituído, podrá alzarse de todos los acuerdos del consejo en calidad de sucesor legal del tutor.

Prestación de fianza y su extinción.—Expusimos en el comentario del art. 254 nuestra opinión de que la hipoteca y la prenda podía constituirse, no sólo con bienes propios del tutor, sino con los de una tercera persona. Pues bien: el dueño de los bienes en este caso, y el fiador en el de la fianza personal, es indudable que pueden considerarse como interesados para el efecto del art. 310.

Los acuerdos del consejo relativos á los bienes ó á la persona del fiador les afecta de un modo directo, hasta el extremo de que en este punto su interés es mayor que el del tutor. Son los principalmente interesados.

En cuanto á la fianza prestada por el tutor, éste podrá alzarse del acuerdo, como determina el art. 255, y también el protutor y los vocales.

Posesión del cargo de tutor y protutor (*art.* 261).—Sólo hace relación á éstos: ellos son, pues, los únicos interesados. Su derecho no se funda, sin embargo, en este interés, sino en su carácter legal.

Determinación de los alimentos del menor ó incapacitado (*art.* 268). No diremos que exista un interesado; sí que debe haberlo: el menor. Los alimentos comprenden, según el art. 142, lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación é instrucción del alimentista; luego el menor está interesado directamente en la determinación de los alimentos.

El Código no le menciona entre las personas con derecho á alzarse del acuerdo, pero si se trata de un mayor de catorce años que, conforme al párrafo 2.º del art. 308, tiene derecho á asistir al consejo, asiste y expresa su opinión y aquél resulta contra él, parece lógico deducir que puede alzarse del acuerdo, porque, repetimos, está principalmente interesado en la decisión.

No se alegue contra esto lo dicho en otros epígrafes de que no pueden impugnarse los acuerdos que tome el consejo, ejerciendo una facultad discrecional fundada en un precepto de la ley, por-

que en el caso presente no sucede esto. Tratándose, por ejemplo, del consentimiento para contraer matrimonio, puede acordarlo ó no, sin sujetarse á regla alguna, en tanto que al presente tiene que tomar el acuerdo; éste ha de ser afirmativo, si bien atemperándose á la pauta que le marca el Código. Por tanto, el acuerdo será apelable, no por el mero hecho de haber sido tomado por el consejo, sino por los términos, por la cuantía de la pensión. Además, lo exige así la índole del caso. Todo lo relativo á la pensión es variable; pruébalo el precepto del párrafo 2.° del art. 268 que dice que la resolución del consejo puede modificarse en relación con el aumento ó disminución que sufra el patrimonio del menor ó incapacitado. El acuerdo relativo á la pensión está, pues, sujeto á una impugnación ó revisión constante.

Señalamiento del término dentro del que el tutor ha de hacer el inventario, y elección de los dos testigos que han de intervenir en su formación (artículos 264, *núm.* 3.°, *y* 265).—No existen otros interesados legalmente que el tutor y el protutor.

Imposición al menor de los castigos establecidos en el núm. 2.° *del artículo* 155 *y en el art.* 156 *(art.* 269, *núm.* 1.°).—La única duda que se ofrece en este caso es si el menor podrá alzarse del acuerdo del consejo, imponiéndole el castigo.

Se trata de un acto que afecta á la persona del sometido á tutela. Bajo este punto de vista, parece que ha de tener el derecho; pero entendemos que lo rechaza la índole del caso. El Código permite al tutor la imposición de determinados castigos al menor, con el requisito del acuerdo del consejo en virtud de la autoridad de aquél; sería destruir esta autoridad conceder al menor la facultad de alzarse de la resolución de su superior.

Hay que tener en cuenta, además, la forma en que se aplica el castigo. En el comprendido en el art. 156, éste no se impone por el tutor, sino por la autoridad, ya gubernativa, ya judicial; de modo que el menor tiene la salvaguardia y defensa de la autoridad, en el caso de que el tutor y el consejo obrasen con móviles perversos.

El derecho que tiene en nuestro sentir el menor es el del artículo 157. Refiriéndose al caso de que el padre ó madre viudo haya contraído segundas nupcias, establece que «tendrán que

manifestar al Juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle; y el Juez oirá en comparecencia personal al hijo, y decretará ó denegará la detención sin ulterior recurso. Esto mismo—añade el artículo—se observará cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo ú oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio.»

Pues bien: creemos que por analogía de casos es aplicable este procedimiento al del menor. El Código establece el precepto copiado por la desconfianza que le inspiran las segundas nupcias en cuanto al extremo de la pérdida de cariño que puedan experimentar los hijos del anterior matrimonio; mayor debe ser la desconfianza en el caso de la tutela. Allí hay, al menos, uno de los padres; aquí no existe ninguno. Luego si el legislador adopta determinadas precauciones en el primer caso, la misma razón, ó de mayor grado, existe para adoptarlas en el segundo.

El legislador habla en el art. 157 del viudo ó la viuda, olvidando que ésta, conforme al precepto del art. 168, pierde la patria potestad sobre sus hijos, salva la excepción marcada en él, y nace, por consiguiente, la tutela. El Código establece el precepto para el caso del menor hijo de viuda; ¿ha de variar aquél según se encuentre sometido á la patria potestad de la madre ó á la autoridad del tutor? En nuestro sentir, no.

Aún más patente aparece la necesidad de aplicar la disposición del art. 157 en el caso del párrafo segundo del mismo, ó sea del menor que ejerza algún cargo ú oficio. El autor del Código ha establecido tal vez la disposición para evitar en lo posible los perjuicios que se ocasionarían al hijo si el acuerdo de los padres obedeciese á impresión del momento ó á defectos de aquél que no exigían castigo tan severo. Este motivo subsiste igual ó en mayor grado de probabilidad en el caso de la tutela, puesto que puede obedecer el deseo del castigo á torcida voluntad del tutor. El Juez, pues, deberá oir al menor y mandar ó no su detención sin ulterior recurso.

No afirmamos rotundamente que este sea el camino legal trazado en el Código; pero tampoco le conceptuamos desprovisto en absoluto de exactitud, y lo creemos el más conveniente.

Carrera ú oficio del menor ó incapacitado (*art.* 269, *caso* 2.º).—Dijimos en el comentario del art. 269: «Aunque el Código señala la voluntad de los padres como ley á la que debe obedecerse en

primer término, entendemos que precisa respetar ante todo la del menor, principal interesado, puesto que de la elección puede depender acaso su porvenir,» y esto repetimos aquí. Así, si el menor (cuando sea mayor de catorce años) asiste al consejo y expone su deseo y el consejo resuelve contra él, pensamos que tiene facultad para alzarse ante el Juez. Se trata de un acuerdo que afecta esencialmente al sometido á tutela y que debe dar origen á un derecho á favor de él. Es una facultad personalísima del menor, inherente á él.

Nos hemos referido en el epígrafe al incapacitado, porque respecto de alguno de ellos, como el sordomudo, que no está impedido de seguir un oficio, es aplicable todo lo expuesto sobre el menor.

Reclusión del incapaz en un establecimiento (*art.* 269, *caso* 3.º).—Interesado es el incapaz, pero su estado físico y su condición jurídica le impiden el ejercicio de todo derecho, salvo el del artículo 665 del Código.

El acuerdo relativo á este extremo está sujeto á impugnación por el tutor, protutor ó vocal del consejo que haya disentido de él, en virtud de la razón que ha servido de fundamento, sin duda, al legislador para establecer la alzada ante el Juez.

El recurso consignado en el artículo que estudiamos tiene por principal objeto que una tercera persona venga á fijar en definitiva el acuerdo en vista del examen que haga de los antecedentes del mismo. Es una revisión del acuerdo que la ley consigna en favor del menor ó incapacitado en todos los casos en que surge la cuestión de determinar la conveniencia ó necesidad de efectuar el contenido de la decisión. Es una garantía más de los intereses del sometido á tutela, que hay que tener en cuenta siempre que se trate de dichos intereses, como sucede en todos los casos del artículo 269, salvo las excepciones que determina la naturaleza especial de cada uno de ellos. Si para alguno ó algunos casos se encuentra establecido el precepto del 310, es para éstos.

La alzada tiene por principal objeto, en estos casos del artículo 269, estudiar la cuestión de hecho, la utilidad ó necesidad de lo acordado, estudio ó examen que no implica una restricción de la facultad del consejo. Precisamente, repetimos, el objeto de la alzada es que el Juez investigue y resuelva sobre el particular.

Continuación del comercio ó industria á que el incapacitado ó sus

descendientes ó los del menor hubiesen estado dedicados (*art.* 269, *caso* 4.º).—Se refiere á la autorización al tutor para seguir el comercio: el interesado, es, pues, el tutor. Su intervención no es, sin embargo, como ya hemos dicho, la de interesado, sino la de representante legal del sometido á su guarda.

Enajenación ó gravamen de bienes del menor ó incapacitado y otorgamiento de actos ó contratos sujetos á inscripción (*art.* 269, *caso* 5.º).—En general, no existe ningún interesado, porque sólo es posible considerar como tal la persona que trate de contratar con el tutor, y dicha persona no puede saberse quién será, sobre todo cuando para la enajenación sea necesaria la subasta.

Si en algún caso el tutor se hubiese comprometido á celebrar el contrato con determinada persona y así lo expusiese al consejo, solicitando la autorización en tal sentido, cabría estimar como interesada á la persona en cuestión, puesto que es indudable que tendría interés en la celebración del contrato.

Existe además una disposición legal para el caso de la enajenación de bienes de menores: la resolución de la Dirección general de los Registros de 20 de Septiembre de 1890, en cuyo considerando 3.º se afirma la facultad del Juez para modificar los acuerdos del consejo.

Colocación del dinero sobrante en cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela (*artículo idem, núm.* 6.º).—Cabe decir lo mismo que respecto del caso anterior. *A priori* no es dable determinar ningún interesado para el efecto del art. 310. Sólo si el tutor hubiese propuesto varios modos de colocar el dinero referentes á otras tantas personas y el consejo se hubiese resuelto por una de ellas, es cuando las demás podrían considerarse interesadas, fundándose en la bondad de las condiciones del negocio propuesto por las mismas, por ser más ventajosas que las aceptadas por el consejo. Pero aun en este caso, si en efecto se trataba de un compromiso ó convenio, lo más procedente sería exigir en el juicio correspondiente el cumplimiento de lo pactado.

División de la herencia ó de la cosa poseída en común (*artículo idem, núm.* 7.º). —Aquí sí es posible señalar interesados: los coherederos y los condueños, así como los acreedores ó cesionarios de los partícipes, según el art. 403, y los de la herencia, á tenor del 1.082.

El concepto de interesados no da origen, sin embargo, en este

caso al derecho del art. 310, porque el acuerdo del consejo no causa estado ni produce perjuicio legal.

Pondremos varios ejemplos para la mejor comprensión de nuestro aserto. Supongamos que el consejo acuerda no proceder á la división de la herencia. ¿Causa este acuerdo un perjuicio en sentido legal á los interesados? No, porque conforme á los artículos 1.051 y 1.052, pueden pedir en cualquier tiempo la división y partición de la herencia.

Caso contrario. El consejo acuerda proceder á la división, cuando no puede celebrarse porque hay determinado plazo que esperar, ó cierta condición que cumplir. Los coherederos pueden promover el oportuno pleito contra el consejo.

Lo mismo en el caso de la división de la cosa común. Que el consejo acuerda no proceder á ella, los copartícipes pueden pedirla en cualquier tiempo en juicio ordinario, conforme al párrafo 1.º del art. 400. En oposición á esto, el consejo acuerda la división, estando subsistente el pacto de conservar la cosa indivisa por determinado tiempo, pacto lícito según el párrafo segundo del citado art. 400, los copartícipes podrán pedir la validez de éste, haciendo caso omiso de la decisión del consejo, que no influye en nada en su derecho, puesto que el reconocimiento de éste no lo hace el consejo, sino los Tribunales. Los acreedores por su parte pueden también oponerse judicialmente, conforme al art. 403, á la división que se verifique sin su concurso. Siempre, pues, que el acuerdo del consejo no cause perjuicio alguno, ni cause estado, no es pertinente, con sujeción á la pura doctrina judicial, el recurso del art. 310. Éste es más bien para las cuestiones de carácter gubernativo ó de jurisdicción voluntaria, no para las que puedan revestir aspecto contencioso. En este último caso, procederá promover el juicio correspondiente.

La alzada tendrá lugar en la práctica, no lo dudamos, porque el precepto del art. 310 es general; pero creemos que el verdadero camino es el indicado por nosotros.

Retirar de su colocación un capital que produzca intereses (artículo idem, núm. 8.º).—Interesada en este acto estará la persona á quien se entregó el capital, ó el establecimiento en que se encontrase colocado; pero este interés, puramente económico, no es el que requiere el artículo, que exige, sí, el interés, pero derivado de algún derecho ó esperanza del mismo. Además, que esto iría

contra la libertad individual y la de contratación, puesto que al permitir que una persona se opusiese á un acto (fundado en la ley) que podía ejecutar, se restringía la libertad.

Otra cosa sería en el caso de que se intentase retirar el capital contra lo convenido al ser colocado (cierto plazo, interés). Entonces sí se le puede considerar como interesado legalmente, porque el interés arranca de un convenio ó de una disposición de la ley; pero decimos lo que en el caso 6.°: la vía recta era el juicio ordinario.

Préstamo (*art. idem, núm.* 9.°).—Es aplicable lo consignado sobre el caso 5.°

Aceptación sin beneficio de inventario de una herencia, ó repudiación de ésta ó de una donación (art. idem, núm. 10).—Tienen interés (en el caso de la herencia) los herederos, y especialmente los albaceas (sucesión testamentaria), como encargados del cumplimiento de la voluntad del testador. Decimos, no obstante, lo mismo que en el núm. 7.°: no es suficiente el interés para el efecto de usar del derecho de alzada.

El consejo acuerda, ya aceptar la herencia, ya repudiarla: ¿puede alzarse de este acuerdo para obligarle á que la acepte? En general, entendemos que no, porque con arreglo al art. 988, la aceptación y la repudiación son actos libres, y el 1.007 proclama la libertad de cada heredero para aceptarla ó repudiarla. Lo mismo decimos de la donación, aunque así el donante está interesado y creemos que tiene, por excepción, derecho á alzarse del acuerdo del consejo.

En cuanto á los acreedores del menor ó incapacitado ó heredero, el Código les señala en su art. 1.001 un derecho especial, el de pedir al Juez que les autorice para aceptarla en nombre del heredero. Éste será, por consiguiente, el derecho que deberán utilizar; no el del art. 310.

Gastos extraordinarios en las fincas (*art. idem, núm.* 11).—Decimos lo expuesto en otros incisos. En la mayoría de los casos no ha de haber interesado en el concepto del artículo que comentamos. Sólo si el consejo, al autorizar á determinada persona para realizar las obras, lesiona los derechos de otras varias, podrán éstas ser consideradas como interesadas en el concepto legal de que nos venimos ocupando. Hacemos la misma salvedad que en los casos 5.° y 7.°

Transacción y compromiso en árbitros (*art.* 69, *núm.* 12).—Interesadas serán las personas con las que el menor ó incapacitado tenga pendientes las cuestiones que se vayan á transigir ó á someter al juicio arbitral.

Pleitos y recursos (*art. ídem, núm.* 13).—El presunto litigante contrario está interesado directamente en la decisión del consejo; mas en este caso no basta tal interés. El acuerdo se toma contra él, y sería absurdo suponer que podría venir á destruirle. Además, su derecho arranca del concepto de litigante, calidad que no tiene aún.

No es esto sólo; hay una razón fundamental que hace imposible la alzada respecto de todas las personas mencionadas en el artículo, porque se deriva de la índole especial del caso. Si un vocal del consejo, ó el tutor, ó el protutor (cualquiera que fuese la persona) se alzase del acuerdo y el Juez dictase una resolución, ¿qué sucedería? Que esta resolución vendría á prejuzgar la cuestión judicial al declarar si debía ó no promover el litigio. Esta circunstancia resalta sobre todo en el caso de un consejo de familia constituído en un territorio donde hubiese un solo Juzgado de primera instancia. Si ante él se apelaba, y su resolución era afirmativa, no podría menos de considerarse como un dictamen favorable á la promoción del pleito. Si era negativa, sus consecuencias aún son más marcadas, pues implicaban la negación del ejercicio. No se diga que sucedería lo mismo en el caso de la negativa del consejo, porque se trata de un acuerdo privado, sobre el que puede volverse en cualquier tiempo, en tanto que la alzada al Juez supone una resolución judicial, firme.

No afirmaremos rotundamente que no sea lícita la alzada, pero no podrá menos de confesarse la exactitud de las consideraciones consignadas.

Censura de las cuentas anuales de la tutela (*art.* 279), *de las del tutor reemplazado* (*art.* 280) *y de las generales á la conclusión de la tutela* (*art.* 282).—Además del tutor, están interesados sus herederos y los acreedores en el caso del art. 1.111.

Denuncia de los delitos cometidos por el tutor (*art.* 285).—Tampoco cabe aquí, pensamos nosotros, la alzada. La denuncia la hace el consejo en uso de un derecho, y casi más que esto, en cumplimiento de una obligación; de manera que la alzada sería contra ley. Iría además contra el interés jurídico general, puesto

que la sociedad está interesada en las cuestiones de índole penal.

Concesión de la habilitación de mayor edad (art. 322).—Constituye este caso, en nuestro entender, una excepción del precepto del artículo 310. Creemos que el acuerdo que recaiga sobre este extremo no es apelable en la forma que determina el art. 310. Éste establece tal derecho respecto de aquellas decisiones del consejo para cuya validez ó efectividad no es necesaria la aprobación de alguna autoridad ó entidad superior al consejo. Cuando la decisión necesite imprescindiblemente la conformidad de la autoridad judicial, estimamos que no es dable alzarse de aquélla por tres razones: primera, porque el acuerdo del consejo no tiene en tal caso carácter ejecutivo ni causa estado por sí, pues sin la aprobación del Presidente de la Audiencia territorial respectiva no tiene validez; segunda, porque otorgada la concesión, es irrevocable en general por naturaleza (como dice el art. 319, respecto de la emancipación voluntaria, con la que guarda íntima analogía) por acuerdo del mismo consejo; tercera, porque la autoridad competente para confirmar ó no el acuerdo del consejo es el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, constituyendo una intrusión en las facultades de aquél la resolución del Juez al decidir la alzada.

La decisión del consejo otorgando la concesión no está sujeta, pues, á la alzada del art. 310, y sí únicamente á la aprobación mencionada en el art. 322. Si el consejo acuerda la habilitación por mayoría de votos, hay imprescindiblemente que someter la concesión á la aprobación del Presidente de la Audiencia. Entre uno y otro trámite no debe haber ninguno intermedio. La concesión de la habilitación lleva como inherente su irrevocabilidad por el mismo consejo, ya por sí, ya por el Juez, á instancia de alguno de sus vocales. Si uno de éstos ó el protutor se alzase ante el Juez del acuerdo concediendo la habilitación y éste lo revocase, ¿qué resultaría? Sucedería que el Juez había usurpado la atribución que el art. 322 señala al Presidente de la Audiencia.

Consignamos, por tanto, de nuevo que el acuerdo afirmativo de la habilitación es, por esencia, obligatorio para el consejo, y lleva, como condición ingénita, la de deber ser sometido mediatamente á la aprobación del Presidente de la Audiencia territorial correspondiente. Ni los vocales que hayan disentido del

acuerdo, ni el protutor, ni el tutor, ni nadie podrán alzarse de él.

Hemos hablado del acuerdo afirmativo. Supongamos que el menor solicita del consejo se le conceda la habilitación, y el consejo se la niega. ¿Podrá recurrirse contra este acuerdo? En oposición al afirmativo, creemos que sí. Éste causa estado, puesto que produce desde luego el efecto de no conseguir el menor su habilitación. Además, en este caso no existe quien deba ó no confirmar el acuerdo del consejo, como el Presidente de la Audiencia en el de la concesión; de modo que el Juez de primera instancia es competente para conocer de la alzada.

Podrán ejercitar ésta todas las personas mencionadas en el artículo que estudiamos, incluso el menor, puesto que el acuerdo le afecta personalísimamente.

Otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y alteración de las mismas (artículos 1.318 *y* 1.319).—El Código exige, como requisito indispensable para la validez de las capitulaciones matrimoniales ó de la modificación que se introduzca en ellas, la concurrencia, en el acto del otorgamiento ó de la modificación, de la persona que ha de dar la licencia para el matrimonio, que es el consejo, cuando no existen padres ó abuelos. Luego contra el acuerdo del consejo expresivo de que asista uno de sus individuos (el presidente) al acto del otorgamiento ó de la modificación, no cabe, en nuestro sentir, recurso, puesto que iría contra ley. Ésta requiere la asistencia de un miembro del consejo; el recurso entablado contra el acuerdo de éste oponiendo á dicho concurso, implicaba la negación de un precepto legal. El recurso no puede, por consiguiente, interponerse porque sería nulo, á tenor del artículo 4.º del Código. Podrá, si acaso, entablarse la alzada por causa de no conformarse con las condiciones de la escritura ú otro semejante, mas no contra el hecho del acuerdo.

Esto en cuanto al extremo sólo del otorgamiento de la escritura ó de su modificación. Si el acuerdo determina las condiciones de la capitulación matrimonial sobre este particular, ó sobre la capacidad de los otorgantes, ó cualquier otro, podrá intentarse la alzada.

Si el consejo, caso improbable, dictase un acuerdo contrario á su concurrencia al acto de que nos ocupamos, la decisión será apelable por todas las personas mencionadas en el artículo y por el menor, por hacer relación directa á él, y aun el futuro cónyuge

ó su representante legal. En este caso deberá solicitarse la nulidad del acuerdo por ser acto contra ley, y subsiguientemente que se declare obligado al consejo á concurrir al otorgamiento.

Constitución de hipoteca á favor de la mujer menor de edad (*artículo* 1.352).—Este artículo autoriza al consejo de familia para exigir del marido de la pupila la constitución de hipoteca en garantía de la dote estimada. El consejo lo acuerda así; ¿quién se considerará interesado para el efecto del artículo que comentamos? Lo indica el mismo caso: el marido ó su representante egal.

Induciendo de los casos particulares expuestos los principios generales que se observan y desprenden, podemos señalar como reglas para determinar qué acuerdos ó decisiones del consejo están sujetos á alzada, las que se consignan á continuación:

Requisitos para que el acuerdo pueda ser impugnado.—1.° Que haya recaído sobre un asunto de la competencia del consejo. 2.° Que sea definitivo ó cause estado, es decir, que sea ejecutorio sin necesidad del requisito de la intervención judicial (por ejemplo: adopción ó habilitación). 3.° Que la alzada no vaya contra ley, ó esté prohibida expresamente por ella. 4.° Que no exista señalado en la ley Procesal un procedimiento especial para el caso particular de que se trate.

Requisitos para ser considerado como interesado ó parte legítima para alzarse del acuerdo.—1.° Que el acuerdo sea apelable. 2.° Que la persona que intente alzarse tenga interés directo é inmediato, interés de primer grado, esto es, que el acuerdo se refiera directamente á ella, ó haya sido admitido como parte por el consejo en la primera instancia, si puede llamarse así, ó sea ante el mismo consejo. 3.° Que haya habido lesión de ese interés ó de un derecho derivado de la ley, del testamento, ó de un acto ó contrato existente. 4.° Que sin haber esta lesión, la persona tenga un derecho personalísimo (el menor, en lo relativo á los alimentos ó á la carrera ú oficio que ha de seguir).

Estas afirmaciones son hijas de nuestro criterio particular, no de la ley. La regla es la consignada en el art. 310: poder alzarse de toda decisión. Nosotros hemos creído encontrar algunas excepciones, atendiendo á la naturaleza del consejo; las hemos expuesto, no tanto para que se sigan ciegamente, como para que se piense sobre ellas.

Término para interponer la alzada.—El Código guarda silencio, no sabemos por qué motivo. En dos casos particulares (incapacidad, art. 240, y excusa, 249) señala el de quince días. ¿Será esto aplicable á todos los del art. 310? En términos generales, sí; en términos absolutos, no. Creemos nosotros que el rigorismo del precepto no ha de ser extremado hasta el punto de que si se interpone la alzada á los diez y seis ó veinte días, sea rechazada. Pensamos, sí, que es el plazo que debe considerarse necesario para la alzada, puesto que el Código lo establece en dos casos, comprendidos dentro del art. 310. Nuestra opinión es, por consiguiente, que el consejo, al notificar el acuerdo á la persona interesada, le requiera para que en el término de quince días se alce, bajo apercibimiento de tenerle por conforme, salvo el caso de que procediera promover un juicio ordinario. Por esta misma razón aconsejamos á los interesados que se alcen en el término indicado.

Procedimiento.—Tratamos ya esta cuestión en los comentarios de los artículos 240 y 249. Allí ya decíamos que cabían dos: el de los incidentes, y si se consideraba como una apelación, el determinado en los artículos 733 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. El Código, en el artículo que comentamos, emplea la palabra alzada (cosa que no hace en los artículos 240 y 249), y creemos, por tanto, que en este caso el procedimiento es el de las apelaciones ante el Juez de primera instancia, marcadas en los artículos 733 y siguientes de la ley Procesal. Con el escrito interponiendo la alzada se presentarán el testimonio del acuerdo impugnado y, en su caso, los documentos justificativos de la lesión.

Consignaremos en último término que, por analogía con el precepto del art. 156 de la ley de Enjuiciamiento civil (1), podrán interponer conjuntamente la alzada todos los vocales del consejo que disientan del acuerdo, ó los interesados, ó varios parientes.

No teniendo el consejo de familia un reglamento que á la manera de ley adjetiva, regule sus facultades, sometiéndolas á un procedimiento, necesariamente han de presentarse circuns-

(1) Art. 156. Podrán acumularse y ejercitar las acciones que uno tenga contra varios individuos, ó varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título ó se funden en una misma causa de pedir.

tancias no previstas por el Código, las cuales habrán de quedar al fallo que dicten los Tribunales, si una bien entendida concordia entre las diversas personas que desempeñan los cargos que integran la institución tutelar no aleja el peligro de la controversia y del litigio.

De inconcuso hemos diputado que el consejo de familia pueda solicitar y obtener el poder coactivo de los Tribunales ordinarios para conseguir la ejecución de sus acuerdos, si por acaso un tutor rebelde ó un protutor contumaz se negase á cumplirlos. Pero ¿no pudiera suceder, por ejemplo, que el presidente del consejo de familia, como ejecutor de los acuerdos á tenor del núm. 3.° del art. 304 del Código, eludiese el cumplimiento de los mismos, verbigracia, por enemistad personal con el tutor, por disentimiento del parecer del resto de los vocales, ó por cualquier otra causa que no es del caso investigar ni exponer?

¿A qué arbitrio habrá de recurrir el interesado en la ejecución del acuerdo del consejo de familia, sea el tutor ó un extraño?

La cuestión ha sido ya resuelta por los Tribunales de esta Corte, y tanto por su interés, cuanto por tratarse de un extremo no previsto en el Código civil, vamos en ligeros trazos á dar cuenta de la misma.

Habiendo el consejo de familia de un demente acordado por unanimidad que se satisfaciesen al tutor las pensiones alimenticias que durante varios meses había anticipado, el presidente del consejo negóse á cumplir el expresado acuerdo. Acudió el tutor al Juzgado pidiendo el auxilio del poder coactivo, y en su virtud que se requiriese al presidente, al efecto de que abonase las pensiones, y, si así no lo hiciese, se procediera por la vía de apremio.

Verificado el requerimiento, el presidente del consejo formuló oposición, alegando los motivos que estimó del caso, y el Juzgado sobreseyó en el expediente, reservando el derecho del tutor para que lo ejecutase en el juicio declarativo que procediese en atención á la cuantía de las pensiones.

Apeló el tutor, y sustanciada la apelación, la Sala 2.ª del Territorio revocó la resolución del inferior, pronunciando un notable auto, del que vamos á transcribir los puntos doctrinales.

1.° Que la cuestión sometida al fallo del Tribunal se concreta á dilucidar si existen medios legales para llevar á efecto el

acuerdo del consejo de familia, ó si, por el contrario, dado el silencio del Código respecto al procedimiento que en el presente caso haya de emplearse, lo único procedente es remitir á las partes á un juicio declarativo, como lo hace el Juez en el auto apelado.

2.° Que concediendo como concede al tutor el art. 310 del Código civil el derecho de alzarse ante el Juez de primera instancia de las decisiones del consejo de familia, es de recta interpretación que por analogía pueda hacerlo de los que adopte su presidente, tanto más si son enteramente contrarios á aquéllas; siendo de necesidad (dado el silencio del Código civil, que no es más que una ley sustantiva, y ya que la ley de Enjuiciamiento civil no ha sido reformada como sin duda habrá de serlo para ponerla de acuerdo con aquel cuerpo legal), á fin de fijar el procedimiento que haya de emplearse para hacer efectivos los nuevos derechos en él consignados, que los Tribunales adopten alguno dentro de los contenidos en la ley Procesal vigente que, sin ser dilatorios y onerosos, sean adecuados al caso á que se refieran.

3.° Que según lo dispuesto en el art. 242 del mismo Código, cuando la resolución del consejo de familia sea favorable al tutor y haya sido adoptado por unanimidad, no se admitirá recurso alguno contra ella, en virtud de cuyo precepto, concurriendo, como concurren ambas circunstancias en los presentes autos, si no podía el presidente del consejo alzarse del acuerdo de que se trata, menos oponerse á su ejecución, debiendo, por el contrario, llevarla á efecto como lo ordena el artículo ya citado.

4.° Que la oposición del presidente del consejo de familia no puede reputarse como impedimento absoluto para que se ejecute lo acordado por el consejo de familia, en observancia de lo dispuesto en el art. 1.817 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque no tratándose de un acto de jurisdicción voluntaria, sino de un negocio en que la contención está establecida en la forma que permiten los nuevos preceptos contenidos en el Código civil, no tiene aplicación el aludido precepto legal.

5.° Que dada la naturaleza del asunto, en el cual sólo se ventila la entrega de una cantidad líquida, el procedimiento adecuado es el de la vía de apremio dirigida contra los bienes del incapacitado, de cuya masa se adeuda la cantidad reclamada, previo

nuevo requerimiento al presidente del consejo de familia que los tiene en administración por circunstancias que no son de este momento.

Y 6.° Que como sería injusto que el incapacitado fuese perjudicado con el pago de las costas que este procedimiento ocasione, por causa exclusivamente de quien, olvidando su carácter de ejecutor de los acuerdos del consejo de familia, se opone á ellos, debe satisfacerlas personalmente el presidente del consejo de familia, si, requerido nuevamente al pago, no lo verifica en el acto.

Las consecuencias que del auto relacionado se desprenden, pueden condensarse en las tres siguientes reglas:

Primera. El tutor, el protutor, los vocales del consejo de familia, cualquier pariente del menor ó del incapacitado, y los extraños directamente interesados en la ejecución de un acuerdo firme del expresado consejo, pueden acudir al Juzgado solicitando su auxilio, en el caso de que el presidente se negase á ejecutar dicho acuerdo.

Segunda. El Juzgado procederá á ejecutar el acuerdo firme del consejo de familia, ajustándose á las disposiciones establecidas en la Sección primera, tít. VIII, libro segundo de la ley de Enjuiciamiento civil;

Tercera. Las costas que se causen en la ejecución del acuerdo serán personales del presidente del consejo de familia que con su conducta dé margen á la intervención judicial.

La doctrina sentada por la Audiencia de esta Corte, aparte de llenar un censurable vacío del Código, es digna de la mayor alabanza por el espíritu de estricta justicia en que se inspira.

Jurisprudencia.— *Resolución de la Dirección general de los Registros de* 20 *de Septiembre de* 1890 (*Gaceta* 14 *Enero* 1891).

El núm. 5.° del art. 269, que impone al tutor el deber de obtener autorización del consejo de familia para enajenar bienes de los menores que estén bajo su guarda, no distingue entre los tutores que á la publicación del Código estaban ya en posesión de sus cargos y los que obtuvieran el nombramiento con posterioridad á su vigencia, por lo que es indudable que tal precepto obliga á unos y otros.

Contra tal doctrina no es lícito alegar la falta de una declaración expresa del legislador, porque bastaba en todo caso la de-

rogación contenida en el art. 1.946 del Código de todos los cuerpos legales que constituyen el derecho civil común en todas las materias que sean objeto de aquél, para estimar que los tutores habían de atenerse á las prescripciones del Código y no á las de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto al ejercicio de sus funciones se refiere.

Si bien es cierto que el art. 310 del Código concede al Juez facultad para modificar los acuerdos del consejo de familia, y en definitiva pudiera ser él quien concediera la autorización, eso mismo prueba que es incompetente para conceder tal autorización mientras no la niegue el consejo de familia.

Por último, la autorización en virtud de la que se procedió al otorgamiento de las escrituras de venta, se solicitó y obtuvo del Juzgado de primera instancia cuando ya estaba vigente el Código civil, en vez de haberse solicitado y obtenido del consejo de familia con arreglo á lo preceptuado en el mismo.

Por las precedentes consideraciones, la Dirección acordó confirmar la providencia apelada.

ART. 311. Al terminar la tutela y disolverse por consecuencia el consejo de familia, entregará éste al que hubiese estado sujeto á tutela, ó á quien represente sus derechos, las actas de sus sesiones.

Concordancias.—Igual al art. 275 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 312. Los vocales del consejo de familia son responsables de los daños que por su malicia ó negligencia culpable sufriere el sujeto á tutela.

Se eximirán de esta responsabilidad los vocales que hubiesen disentido del acuerdo que causó el perjuicio.

Concordancias.—Igual al art. 276 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 313. El consejo de familia se disuelve en los mismos casos en que se extingue la tutela.

Concordancias.—Igual al art. 279 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 311, 312 Y 313.—El estudio metódico de estos artículos exige abandonar el orden determinado por su numeración. Así, examinaremos en primer término los casos en que se disuelve la tutela (art. 313), y después los efectos de la disolución; entrega de las actas (art. 311), y responsabilidad de los vocales (art. 312).

Disolución del consejo de familia.—El art. 313 dice que la disolución tiene lugar en los mismos casos en que se extingue la tutela. Veamos cada uno de ellos.

Consejo de familia para la tutela del menor.—1.° *Muerte del menor.*—No da lugar á duda. Advertiremos solamente que cuando sean varios los sometidos á la tutela, el consejo existirá en tanto que subsista alguno de ellos, si el consejo fuere común para el ejercicio de la tutela de todos.

2.° *Mayor edad del menor.*—Acontece lo mismo que con la anterior, y es aplicable la misma advertencia.

3.° *Adopción del menor.*—Es causa de terminación de tutela, conforme al art. 278, y, por consiguiente, lo es del consejo de familia.

4.° *Cesación de los efectos de la sentencia firme de divorcio ó de las causas que dieron lugar á la privación de la patria potestad de los padres ó suspensión de su ejercicio.* 5.° *Cumplimiento de la pena ó extinción de la responsabilidad penal del padre ó de los padres.* 6.° *Recobrar la madre viuda la patria potestad* —Dada la solidaridad que existe entre los diversos elementos que constituyen la tutela, tu-

tor, protutor y consejo de familia, extinguida ésta (el todo), hay que considerar fatalmente muertos aquéllos (las partes). La conclusión de la tutela supone la de todos y cada uno de sus componentes.

Consejo de familia para la tutela del incapacitado.—La tutela de éstos termina por la cesación de la causa que la produjo. Y concluída la tutela, desaparece el consejo de familia, que es su complemento, como extinguido lo principal perece también lo accesorio.

Deducimos de lo expuesto que la disolución del consejo no es un hecho diferente de la conclusión de la tutela, como parece desprenderse de la existencia de un artículo destinado á afirmar tal disolución y de los términos de él, sino un efecto de ella. La tutela no es una institución pura ó simple; no hay tutela de un lado y consejo de familia de otro; no la constituye sólo el tutor, es un organismo cuyos miembros funcionan mancomunada y solidariamente; la componen de consuno el tutor, el protutor y el consejo de familia. El tutor no puede ejercer su cargo sin el consejo de familia, y éste existe para aquél. Así, la conclusión de la tutela de que habla el art. 278 no indica únicamente la cesación del cargo de tutor: supone la extinción legal del tutor, protutor y consejo. Por eso bastaba, en puridad, la disposición del art. 278, puesto que, repetimos, conclusión de la tutela significa cesación conjunta de las funciones del tutor, del protutor y del consejo. Prueba esto que no hay artículo alguno del Código que determine cuándo concluye la protutela, porque el legislador ha pensado, con acierto, que la cesación de la tutela implicaba, *ipso facto*, la inexistencia del cargo de protutor.

El legislador ha prescindido acaso de las consideraciones anteriores, hijas del rigorismo técnico, para obviar toda duda; pero aun en este caso creemos que pudiera haberse salvado el defecto que resulta, bien adicionando el art. 278 en esta forma: «Concluye la tutela y queda, por consiguiente, disuelto el consejo de familia...,» ó añadiendo este párrafo: «La conclusión de la tutela determina la disolución del consejo de familia,» bien redactando el 313 en los siguientes términos: «El consejo de familia queda disuelto como consecuencia de la conclusión de la tutela en los casos del art 278.» La prueba de esto la suministra el Código en el art. 311, donde dice: «al terminar la tutela y disolverse, *por*

consecuencia, el consejo de familia...» La disolución es un efecto, una consecuencia de la conclusión de la tutela; no es un hecho nuevo distinto de ésta, que tiene lugar en los mismos casos.

Lo que sí sucede es que el consejo de familia no cesa en sus funciones en el mismo momento que el tutor. La tutela es la razón social de una compañía, formada por el tutor, protutor y consejo. La disolución de la compañía produce, naturalmente, la extinción del carácter legal de sus miembros componentes; pero el consejo de familia es el encargado de liquidar aquélla. Por eso su existencia jurídica debe prolongarse hasta verificar la liquidación.

El consejo de familia es, en efecto, quien, conforme al art. 282, debe censurar é informar las cuentas generales de la tutela; *ergo*, no se podrá disolver en tanto no haya cumplido esta obligación. El Código fija el plazo dentro del cual ha de censurar las cuentas: seis meses; pero no señala el en que el tutor ha de rendirlas. Como de esto resultaría que si el tutor no verificaba la dación de cuentas, el consejo no podría disolverse, puesto que tiene que cumplir con la disposición preceptiva del art. 282, para salvar este inconveniente, entendemos, como ya dijimos en el comentario de este artículo, que el consejo puede y debe señalar un plazo al tutor para la rendición.

¿Cuándo podrá, por consiguiente, disolverse de hecho el consejo? Si el tutor ha rendido cuentas, una vez que las haya censurado. Si no lo ha hecho así, terminado que sea el plazo señalado al efecto; pues en este caso, lo que procede es que el que ha estado sometido á tutela exija judicialmente la rendición al tutor. Aún pudiera suceder que, rendidas las cuentas por el tutor, no se conformase éste con la decisión del consejo y se alzase de ella en uso del derecho del art. 310. Entonces, como la decisión no es firme, deberá esperarse á la resolución judicial.

Todavía el Código (art. 285) señala una obligación más como propia del consejo: denunciar á los Tribunales cualesquiera delitos que se hubiesen cometido por el tutor en el ejercicio de su cargo. Ya expusimos que, en nuestro sentir, atañe especialmente á los delitos contra la propiedad; son estos de los que pueden seguirse de oficio, é indícalo así la palabra *denuncia* empleada en el art. 285. Pero ¿y si se tratase de un delito de los que sólo pueden seguirse á instancia de parte? No creemos que esto constituya

un obstáculo para la disolución del consejo. El Código quiere que cesen sus funciones cuando terminen las del tutor; señala momento determinado para todos los casos, y de sostener que el consejo es el que había de formular la querella, resultaría que dicho tiempo era variable en cada uno. Además, si el tutor (ó el consejo cuando la causa ó litigio sea contra éste) promueve el pleito, es por la incapacidad del menor, que desaparece al tener efecto el hecho que da lugar á la conclusión de la tutela.

De estas consideraciones deducimos que al proyecto de artículo que en sustitución del 313 hemos consignado, habría que añadir estas palabras: «una vez cumplida la obligación del artículo 278, y en su caso, la del párrafo segundo del 285.»

El art. 313 asienta una afirmación. El consejo de familia—dice—se disuelve en los mismos casos en que se extingue la tutela. Hemos examinado varios de éstos, y salvando el vicio de redacción que acabamos de exponer, queda visto que en los casos relativos á la tutela que convencionalmente denominamos plena, es cierto lo que quiere decir el artículo, no lo que dice. Conviene estudiar los casos de la tutela restringida.

El art. 278 menciona sólo la habilitación de edad. Mas ya expusimos que es tal la identidad en este caso con la emancipación por matrimonio, que lo legislado sobre uno es aplicable al otro, y que si el autor del Código considera como causa de conclusión la habilitación, ha debido estimar también como tal la emancipación.

Dentro de ellos hay que distinguir otros dos; emancipación ó habilitación dentro de la tutela, esto es, del sometido á tutela; emancipación ó habilitación de persona sometida á la patria potestad, pero que por la extinción de ésta cae en tutela. Estudiaremos ambos casos.

Existe un menor de veinte años sometido á tutela, por ejemplo, y se casa ú obtiene la habilitación de edad que concede el artículo 321. Conforme al art. 59 ó al 324 en relación con el 317, á pesar de estar emancipado ó habilitado, necesita un tutor para tomar dinero á préstamo, gravar ó enajenar bienes inmuebles, y en el caso de la habilitación para comparecer en juicio. ¿Será necesario en esta tutela *sui generis* el consejo de familia? Como se trata de un menor que ha estado sometido á tutela y existe un consejo de familia, ¿deberá continuar éste? La cuestión es impor-

tante y muy pertinente, porque de su resolución depende que el consejo pueda ó no disolverse.

La cuestión, de índole enmarañada, la abordamos ya en el comentario del art. 202 *(tomo IV)*. Allí pusimos de manifiesto lo dudoso del caso, gracias al punible silencio del Código, y asentamos las consecuencias harto gráficas que de él se deducían.

Nosotros entendemos que no debe hacer falta consejo, porque el espíritu del art 59 y del 317 es indudablemente que exista sólo el tutor, puesto que, según indicábamos en el comentario del citado art. 202, así como en la tutela plena la facultad de consentir radica en el consejo, en la restringida es atribución propia del tutor. El consejo está, pues, de más. Y no sólo esto; es que tiene que ser así. La emancipación y la habilitación suponen una ampliación de la capacidad del menor, y no sería tal ampliación si éste se encontrase sometido á las mismas condiciones que antes de su nuevo estado civil. Al contrario, supondría un aumento de formalidades, puesto que tendría que obtener el consentimiento del tutor, una vez concedido á éste por el consejo, requisito que no es necesario en la tutela plena.

La confusión nace del silencio del Código en este punto, unido á la doctrina del precepto de varios de sus artículos.

¿Quién nombra y pone en posesión de su cargo al tutor de que hablan los artículos 59 y 317? Se nos dirá que aquí, en el caso que estudiamos, no se suscita tal dificultad porque ya está nombrado, pues continuará el que hasta entonces ha estado desempeñando el cargo; pero ya veremos que la duda nace en el que expondremos á seguida. Pero puede morir, y entonces, ¿quién ejercita los actos mencionados? ¿Quién le nombra, quién le da posesión del cargo? El Código no contiene un precepto sobre el caso particular que nos ocupa.

Frente á este silencio, encontramos el art. 231, que concede al consejo de familia la elección de tutor, á falta del testamentario ó legítimo; el 261, según el cual, el consejo de familia es quien ha de poner en posesión á los tutores y protutores, y el 201, que dice que la tutela se ejercitará por el tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

Hay aún otros razonamientos en pro de nuestra doctrina. Si el tutor se excusa del cargo, sobre todo una vez entrado en éste, ¿quién resuelve sobre ella? Si el tutor ingresa en religión ó es

condenado en causa criminal á pena de privación de libertad, ¿quién acuerda la remoción? No pueden existir más que dos entidades con atribuciones para ello; la autoridad judicial ó el consejo de familia. El Código no dice lo primero, y lo rechaza en general su espíritu, que es el de sustituir la intervención del Juez por la del consejo dentro de la función de la tutela. En cambio, al establecer las reglas de ésta, concede en varios artículos al consejo de familia facultad para ello. Es verdad que se trata de una ley general, por decirlo así, pero al fin es ley, cuya virtualidad no aparece desvirtuada por otra particular. El que trata de resolver una duda, si no encuentra disposición especialísima sobre el caso, pero halla otra general sobre materia idéntica, en una misma fuente legal y dentro del libro de igual número, la aplicará, con preferencia, por analogía.

Afirmamos de nuevo nuestra creencia de que el legislador no ha querido la intervención del consejo de familia en los casos de los artículos 59 y 317, pero sin conseguir expresarlo así. No es que sea esta nuestra opinión; por el contrario, como decíamos en el comentario del art. 202, no alcanzamos á comprender la existencia de un consejo honorario é inútil; es que hay que deducirlo fatalmente de las disposiciones del Código. Estimamos que lo procedente era, estableciendo una excepción al principio que informa el Código en materia de tutela, que el Juez del domicilio del emancipado ó habilitado discierna el cargo de tutor con sujeción á las reglas generales de la tutela, y aun aconsejamos la práctica de este procedimiento. Será un acto contra ley, pero muy ajustado á razón. A esto preferiríamos que se exigiese autorización judicial al menor habilitado ó emancipado para celebrar los actos ó contratos mencionados en los artículos 219 y 317, porque la existencia de un tutor supone una restricción constante de la capacidad de la persona, y aquí sucede lo contrario, que disfruta de capacidad en tanto no llega la celebración de un acto ó contrato de los citados.

La cuestión se ofrece con caracteres más agudos en el caso segundo. Un menor es emancipado voluntariamente por el padre viudo, ó se casa viviendo uno solo de los padres. Muere el padre supérstite, y el menor, á pesar de estar emancipado, necesita de un tutor para los actos mencionados en los artículos 59 y 317. Las dudas son las mismas. ¿Quién pone en posesión del cargo

al tutor? ¿Deberá ser el consejo de familia? Si muere el tutor que existe, ¿quién nombra otro? Todas estas preguntas quedan ya contestadas en el ejemplo primero. El Juez, con arreglo á nuestro criterio particularísimo; el consejo de familia por virtud del silencio del Código en el art. 59 y en el 317, ante el cual hay que acudir forzosamente á las disposiciones análogas sobre la tutela en general. En este último sentido es en el que manifestábamos en el comentario del art. 59 que el tutor debía, para su conveniencia, obtener la autorización del consejo, puesto que, de existir éste (que no creemos en su existencia), era su acuerdo una garantía para el tutor y para el sometido á tutela.

Efectos de la disolución del consejo.—Al terminar la tutela y disolverse como consecuencia el consejo de familia—expresa el artículo 311,—entregará éste al que hubiese estado sujeto á tutela, ó á quien represente sus derechos, las actas de sus sesiones. Este es uno de los efectos de la disolución del consejo.

El artículo ha partido del supuesto de que sea una sola persona la sometida á tutela. En tal caso, no hay más que entregar las actas originales de las sesiones del consejo. Los sometidos á tutela pueden ser varios, y terminar, por consiguiente, la tutela de cada uno en diverso momento, y entonces no es posible el cumplimiento del precepto del artículo, porque si se entregan las actas al que primero salga de la tutela, no pueden ser entregadas á los demás. Para salvar este inconveniente hay dos medios: ó llevar un libro de actas para cada persona sometida á tutela, ó de llevar un solo libro, entregar un testimonio de sus actas á aquellos cuya tutela termine en primer término, y al último las actas originales.

La entrega ha de hacerse, ó al que hubiese estado sometido á tutela, ó á quien represente sus derechos. ¿Quién podrá ser éste? El heredero en primer lugar, puesto que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones; el adoptante, en el caso de terminar la tutela por adopción, y la madre cuando la tutela se hubiese constituído por pérdida de la patria potestad, á causa de haber contraído segundas nupcias, y volviese á enviudar, caso en el que recobra la patria potestad y por consecuencia la representación legal del hijo menor no emancipado.

Responsabilidad de los vocales del consejo.—Los vocales son responsables, según el art. 312, de los daños que por su malicia

ó negligencia culpable sufriere el sujeto á tutela. Esta regla tiene una excepción en el párrafo segundo del mismo artículo respecto de los vocales que hubieren disentido del acuerdo, los cuales se eximirán de la responsabilidad. Disentir es apartarse de la opinión de otro. No ha de bastar, sin embargo, en este caso que el vocal en la discusión del acuerdo haya expuesto su criterio en disidencia con otro. Lo que quiere indicar el artículo es que conste su voto en contra. Nosotros vamos más allá. Creemos que el vocal, ya que no para eludir su responsabilidad material (que consta con su voto), para salvar la moral ó de conciencia, debe alzarse del acuerdo si cree que es perjudicial al sometido á tutela.

La causa de la responsabilidad es la malicia ó la negligencia culpable, no la mera negligencia. El Código exige, no una conducta negativa, sino positiva; no un descuido del cumplimiento del cargo, sino la intención de causar un daño ó el ejecutar un acto sabiendo que era perjudicial, sobre todo si fuere influído por la intención del lucro, el dolo. No la culpa leve, sino la culpa lata.

¿Cuáles han de ser los límites de la indemnización? El art. 312, en su primer párrafo, habla de daños; en el segundo, de perjuicios; dedúcese lógicamente que se refiere á la indemnización de daños y perjuicios, que comprende, según el art. 1.107, no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia dejada de obtener. En la determinación de la responsabilidad habrá de tenerse en cuenta los principios sentados en los artículos 1.103, 1.104 y 1.105 (1), que por su carácter general parecen aplicables á todos los casos.

La acción concedida al que estuvo sometido á tutela es la personal de daños y perjuicios, mejor dicho, el Código no hace otra cosa sino afirmar en este caso particular, para mayor garantía del perjudicado, el principio general de indemnización de daños

---

(1) Art. 1.103. La responsabilidad que proceda de la negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrá moderarse por los Tribunales, según los casos.

Art. 1.104. La culpa ó negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de pres-

y perjuicios por todo el que causa á otro un mal ó daño en su persona ó patrimonio. La acción, pues, durará quince años desde la disolución del consejo, conforme al precepto del art. 1 964.

En cuanto á la parte adjetiva de la cuestión, conviene no olvidar que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que prospere la acción de daños y perjuicios debe probarse la existencia de éstos (que, como cuestión de hecho, es su determinación de la competencia del Tribunal), y que han sido ocasionados por los actos de la persona ó personas de que se reclamen. Habrá, pues, que justificar en el caso presente que los daños y perjuicios emanan directa y mediatamente del acuerdo, y que al tomar éste obraron los vocales con malicia ó negligencia culpable. (Apéndice núm. 5. *Papel sellado para las actas del consejo de familia.*)

---

tarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería á un buen padre de familia.

Art. 1.105 Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, ó que, previstos, fueran inevitables.

BIOLOGÍA DE LA TUTELA

CONSEJO DE FAMILIA

NACIMIENTO

El consejo de familia debe ser formado siempre que proceda la constitución de la tutela en cualquiera de los casos del art. 200.

VIDA

A

Atribuciones referentes á la constitución de la tutela.

Generales		Constituir la tutela (art. 301), y proveerla cuando esté vacante por incapacidad ó remoción del tutor, una vez firme el acuerdo (art. 240). La constitución de la tutela no es un acto único; supone diversidad de ellos, como son todos los que se expresan á continuación, que comprendemos por tal motivo dentro del concepto de constitución de la tutela.
24 Relativas al nombramiento de tutor y protutor	1.ª	Aprobar el nombramiento de tutor y protutor para los hijos del primer matrimonio hecho por la madre que hubiere contraído segundas nupcias. (Art. 206.)
	2.ª	Aceptar la herencia ó legado que un extraño hubiere dejado al menor ó incapacitado para que surta efecto el nombramiento de tutor hecho por el mismo. (Art. 207.)
	3.ª	Declarar el derecho preferente para ser tutor, cuando fuesen varios los designados por extraños, y no existiese ninguno nombrado por el padre ó por la madre. (Artículo 209.)

Relativas al nombramiento de tutor y protutor.....	4.ª Elegir tutor en defecto del testamentario ó legítimo. (Art. 231.) 5.ª Nombrar protutor, cuando no lo hayan designado los que tienen derecho á elegir tutor. (Art. 233.)
Relativas á la inhabilitación ó excusa del tutor y protutor.....	1.ª Declarar la incapacidad de los tutores y protutores. (Art. 239.) 2.ª Resolver sobre las excusas del tutor ó protutor, alegadas ya en la reunión dedicada á constituir el consejo, ya dentro de los diez días siguientes á la notificación del nombramiento. (Art. 247) 3.ª Sostener el acuerdo relativo á las excusas, si fuere impugnado por el tutor ó protutor. (Art. 249.)
Relativas á los requisitos ó formalidades para el ejercicio del cargo ..	1.ª Exigir la prestación de la fianza y señalar su cuantía. (Artículos 252 y 255.) 2.ª Calificar la fianza. (Art. 255.) 3.ª Pedir la inscripción de la fianza hipotecaria ó el depósito de la pignoraticia. (Artículo 258.) 4.ª Poner en posesión al tutor y al protutor. (Art. 261.)
Relativas al ejercicio provisional de la tutela.....	1.ª Proveer á los cuidados de la tutela, mientras se resuelve sobre el impedimento de capacidad del tutor. (Art. 243.) 2.ª Nombrar persona que sustituya al tutor durante el juicio de excusa, si aquél no ejerciere su cargo. (Art. 250.) 3.ª Determinar los actos administrativos indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos, que el protutor ha de ejercer, mientras se constituya la fianza. (Art. 256.)
Especial de la tutela del incapacitado..	Ser oído por los Tribunales antes de declarar la incapacidad. (Art. 216.)

B

Atribuciones referentes al ejercicio de la tutela.

1.ª Vigilar el ejercicio de la tutela. (Art. 201.)

Relativas á la persona del sometido á tutela. ....

Autorizar al defensor del incapacitado para entablar demanda en juicio ordinario contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad. (Art. 216.)

Relativas á los bienes .....

1.ª Aumentar ó disminuir la fianza durante el ejercicio de la tutela, en armonía con las alteraciones que experimente el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquélla esté constituída. (Art. 259, pár. 1.º)
2.ª Exigir fianza al tutor relevado de su prestación por el padre ó la madre, cuando con posterioridad á su nombramiento sobrevengan causas ignoradas por el testador, que la hagan indispensable, á juicio del consejo. (Art 260, núm. 2.º)
3.ª Señalar el término dentro del cual el tutor ha de hacer el inventario de los bienes de la tutela. (Art. 264, núm. 3.º)
4.ª Elegir los dos testigos que han de asistir á la formación del inventario. (Art. 265.)
5.ª Acordar el depósito, en un establecimiento destinado á este fin, de las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles que, á juicio del consejo, no han de estar en poder del tutor. (Art. 266, pár. 1.º)
6.ª Designar los peritos que han de apreciar los muebles y semovientes, si no estuvieren tasados. (Art. 266, pár. 2.º)
7.ª Determinar la retribución del tutor. (Art. 276.)
8.ª Litigar, á expensas del sometido á tutela, si el tutor recurriere contra el acuerdo fijando la retribución, y el consejo sostuviere su acuerdo. (Art. 277.)
9.ª Censurar las cuentas anuales de la tutela. (Art. 279.)
10 Censurar la cuenta general rendida por el tutor reemplazado. (Art. 280.)
11 Acordar, en unión del heredero del autor de una obra, que ésta no se publique. (Artículo 44 de la ley de Propiedad intelectual.)

Mixtas .....

1.ª Ejercer las facultades que se le confieran por la sentencia en la declaración de incapacidad del sordomudo (art. 218), y en la del pródigo. (Art. 221)
2.ª Dictar las disposiciones correspondientes sobre la alimentación y educación del menor ó incapacitado, cuando nada se hubiese resuelto sobre estos particulares en el testamento de la persona por quien se hizo el nombramiento de tutor. (Art. 264, número 1.º, y art. 268, pár. 1.º)
3.ª Modificar la resolución adoptada por el consejo sobre la pensión alimenticia del menor ó incapacitado. (Art. 268, pár. 2.º)

Referentes á actos cuya ejecución corresponde al tutor.

Relativas á la persona del sometido á tutela.....

Autorizar al tutor para los actos siguientes:

a) Imposición al menor de los castigos de que tratan el núm. 2.° del art. 155 y el artículo 156 (Art. 269, núm. 1.°)

b) Reclusión del incapaz en un establecimiento de salud. (Art. 269, núm. 3.°)

Relativas á sus bienes .....

Autorizar al tutor para los siguientes actos:

a) Continuación del comercio ó industria á que el incapacitado ó sus ascendientes ó los del menor hubiesen estado dedicados. (Art 269, núm. 4.°)

b) Enajenación ó gravamen de bienes del capital del sometido á tutela y celebración de actos ó contratos sujetos á inscripción. (Art. 269, núm. 5.°)

c) Colocación del dinero sobrante en cada año, después de cubiertas las obligaciones de la tutela. (Art. 269, núm. 6.°)

d) División de la herencia ó de la cosa común. (Art. 268. núm. 7.°)

e) Retirar de su colocación un capital que produzca interés. (Art. 268, núm. 8.°)

f) Contrato de préstamo, ya como prestamista, ya como prestatario. (Art. 269, número 9.°)

g) Aceptación, sin beneficio de inventario, de una herencia, ó repudiación de ésta ó de una donación. (Art. 269, núm. 10, en relación con el pár. 2.° del 992.)

h) Gastos extraordinarios en las fincas cuya administración comprenda la tutela. (Artículo 269, núm. 11.)

i) Compra por el tutor de bienes del menor ó incapacitado. (Art. 275, núm. 4.°)

Mixtas... .....

Autorizar al tutor para los actos que se expresan:

a) Determinación de la carrera ú oficio del menor, cuando esto no hubiere sido previsto por los padres, y modificación de lo dispuesto por éstos. (Art. 269, número 2.°)

b) Transacción y compromiso arbitral respecto de las cuestiones en que el menor ó incapacitado esté interesado. (Art. 269, núm. 12, en relación con los artículos 1.810, pár. 1.°, y 1.820.)

[illegible] de pleitos (excepto juicios verbales), apelación y recurso de casación

Atribuciones referentes á la conclusión de la tutela.

- **Relativas á los hechos que producen la conclusión de la tutela**
  1. Conceder licencia al menor de edad para contraer matrimonio. (Art. 46.)
  2. Prestar consentimiento para la adopción del menor. (Art. 178.)
  3. Conceder la habilitación de mayor edad. (Art. 322.)
- **Relativas á los actos inherentes á la conclusión de la tutela**
  - Comunes á la conclusión, cualquiera que sea la causa
    1. Censurar é informar las cuentas generales de la tutela (Art 282.)
    2. Denunciar los delitos que hubiese cometido el tutor en el ejercicio de su cargo. (Art. 285, párrafo 2.º)
    3. Entregar las actas de las sesiones del consejo al que hubiese estado sujeto á tutela ó á su representante legal. (Art. 311.)
  - Especiales de la conclusión de la tutela por matrimonio
    1. Concurrir al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y de la modificación de las mismas. (Artículos 1.318 y 1.319.)
    2. Autorizar las donaciones que hagan ó reciban los menores en su contrato antenupcial. (Artículo 1.329).
    3. Exigir del marido de la mujer menor de edad la constitución de la hipoteca é inscripción de bienes determinados en el art. 1.349. (Artículo 1.352.)
  - Especial de la conclusión de la tutela por adopción: Determinar la fianza que ha de prestar el adoptante. (Artículo 166.)

DISOLUCIÓN DEL CONSEJO

Se disuelve como consecuencia de la conclusión de la tutela en los casos que termina ésta. (Art. 313.)

TÍTULO XI

De la emancipación y de la mayor edad.

Bajo el mismo título, y sin duda por razones de analogía en cuanto á sus efectos, comprende el Código la emancipación y la mayor edad; si bien es cierto que á cada una de estas dos situaciones de derecho les consagra diferente capítulo. Aun cuando la mayor edad se considere como uno de los modos de derecho necesario, por los cuales el hijo conquista su independencia, quebrando el lazo que le unía á la potestad paterna, sin embargo, produce efectos transcendentalísimos que convenía recoger y expresar metódicamente con entera independencia de la emancipación, y sin necesidad de que apareciese subordinada al espíritu legal que anima el título XI.

Plan completamente distinto adoptaríamos nosotros si nuestra labor fuera la de formular un Código civil, y de ello nos ocuparemos más adelante, cuando entremos en el estudio del comentario. Por el momento, bástenos decir que no encontramos ningún fundamento jurídico para amalgamar los dos capítulos, fundiéndolos en el mismo título, cual si se tratare de estados jurídicos tan íntimamente ligados y depen-

dientes que no se concibiere el uno sin la existencia primordial del otro.

Nosotros hubiéramos reducido á sus justas proporciones la emancipación, comprendiendo bajo este nombre la que hoy denominamos voluntaria, y hubiéramos formado un nuevo título consagrado exclusivamente á la mayor edad, de la propia suerte que en el Código se ha destinado el título IV á tratar del matrimonio; que al cabo no son menos transcendentales los efectos jurídicos que la mayor edad produce, para relegarla al lugar humilde y derivado de un capítulo.

Estas cuestiones de plan no son tan baladíes que no merezcan fijarse en ellas. Los cuerpos legales que precedieron en la esfera del derecho constituído al promulgado recientemente, eran una conjunción de principios de ley, en los cuales reinaba el más despótico capricho, y por este defecto fueron tachados. Qué mucho que hoy día, en que las cuestiones de método que en el avance de la investigación se entrelazan con las del plan, son tan transcendentales, detengamos nuestra atención en estos puntos, y en la labor de críticos indiquemos la deficiencia allí donde ante nuestra vista se presenta.

Nada hubiera importado que el título constase de un solo artículo, mas con ello se hubiera salvado la pureza del plan y hubiérase puesto de relieve que los autores del Código, hombres todos ellos sesudos y en la edad en que el juicio ha llegado á su madurez, eran buenos arquitectos de la idea, porque trazaron las líneas generales del edificio magno de nuestra legislación, con aquella pureza y corrección de trazado que denota al pensador enamorado del método, que es la guía para el conocimiento de la verdad en la ciencia.

Y basta con lo dicho en cuanto respecta á esto que pudiéramos denominar cuestión local de plan, única que nos compete examinar, porque la general que afecta á la distribución de materias del Código en su totalidad, ni es este lugar adecuado, ni podemos tampoco tratarla, puesto que desde el instante que tomamos por norma de nuestro trabajo una rigorosa exégesis, hicimos tácita renuncia de nuestro albedrío en punto á este tan interesantísimo extremo de la codificación.

*
* *

Con la emancipación ha ocurrido lo mismo que con la tutela y con la inmensa mayoría de las instituciones del derecho civil, el más inconmovible de todos los derechos; es á saber, que en el fondo, la institución ha permanecido inalterable y ha variado en sus accidentes, plegándose á las circunstancias de tiempo y lugar por las que en la sucesión de los siglos han ido pasando los pueblos, transformándose á compás de sus vicisitudes, pero siempre manteniéndose incólume en su sustancia, en lo que pudiéramos llamar su sostén.

Y la razón de esto es llana; porque cuando se ahonda en las instituciones del Derecho civil, á través de las capas superpuestas, si vale la frase, se llega á un centro de atracción, que no es otro que la misma naturaleza del hombre reflejada en la regla de obrar, llamada ley, y como la reunión de los elementos materiales y de los elementos psíquicos, en compenetración misteriosa, es inalterable y constituye la humana naturaleza, de aquí también que su reflejo jamás se altere. Por esto á ese conjunto de reflejos de la conciencia humana en punto

á los actos del hombre en la vida individual y social se le denomina derecho natural, y no hay institución jurídica que por línea directa ó colateral si se traza su árbol genealógico no se la entronque con los principios eternos del derecho.

Mientras el hombre exista sentirá como por maravillosa intuición el anhelo de perpetuar su especie, y acatando los mandatos naturales, rendirá su altivez á la atracción del sexo. Este impulso repercutirá en su conciencia, y tratando de consolidar el nuevo estado, surgirá el matrimonio.

Reproducido el hombre en sus hijos, ese efluvio del corazón que se llama cariño, más firme é inquebrantable cuando es lazo de sangre el que traba, creará una relación recíproca, de imposición por parte del progenitor, de dependencia por parte del generado, relación robustecida por la fortaleza del uno y la debilidad del otro, y como toda dependencia supone un predominio, he aquí ya la potestad paterna que pudo en la antigüedad ser causa de aberración de las inteligencias, y debido á circunstancias políticas y á la absorbente concepción del poder, derecho omnímodo, rayano en la tiranía, pero que hoy, dulcificado por el influjo de la civilización, se contiene en sus justos límites. Mas siempre es suficiente el hecho natural de la paternidad para que se levante ese poder que llamamos *potestas*.

Llega el hijo á una edad en la que por el desarrollo corporal é intelectual se coloca en situación de dirigirse por sí propio. Entonces el poderío moral se quebranta por el perfeccionamiento del ser, porque es regla que el poder en su funciones está en razón inversa de la perfección de los sometidos. Perfecto el hijo para

la vida social, con medios directos ó indirectos para la consecución de sus fines, se erigirá á su vez en señor, puesto que la vida civil es una sucesión de estados que se repiten y perpetúan de generación en generación, y sin que la independencia suene á ingratitud, querrá ser libre, y el padre entonces abdicará de su poder, terminándose la *potestas*.

Esta es la emancipación.

Cuanto decimos generalizando ha sucedido en casi todos los pueblos, y es maravilloso observar la uniformidad de las legislaciones y su identidad en lo sustancial.

*
* *

Trazar la historia de los accidentes y variantes por los que la emancipación ha ido atravesando, procede ahora, antes de penetrar en el estudio particular y concreto de cada artículo, porque aun cuando todo ello con relación al derecho constituído no venga á ser más que uno de tantos manantiales de erudición, siempre es útil, puesto que con su ayuda se complementan los estudios jurídicos, entroncando el derecho vigente con el derogado, por aquello que dice Portalis de que es la Historia la física experimental de la legislación.

En Roma los procedimientos para obtener la emancipación revistieron todas las formas, desde las más complicadas hasta las más sencillas.

En un principio, y como dice la Instituta justinianea, *per antiquam legis observationem*, se verificaba la emancipación por el rito de la *mancipatio*, mediante la cual el padre vendía á su hijo por tres veces, para que

de esta suerte el hijo no volviese á recaer en la potestad del padre. Esta regla tenía su excepción en las hijas y los nietos, para los cuales bastaba una sola mancipación. En la venta intervenía el padre vendedor, el comprador, cinco testigos, ciudadanos romanos, que hubiesen llegado á la pubertud, el libripende y el antestado.

La rigidez y severidad del primitivo derecho romano no consentía que el padre, por un acto de su voluntad, pudiese sacar á su hijo del poder que sobre él ejercitaba; pero como cuando las leyes restringen la esfera de acción del sujeto de derecho, busca éste los medios de quebrantar la restricción, y en ocasiones lo consigue creando costumbre según y contra ley, los romanos buscaron este medio indirecto, y de él se valieron para lograr con éxito propósitos impuestos por la organización social y política de Roma.

La ficción de las ventas no podía prevalecer, porque si en un principio éstas fueron reales, tornáronse en imaginarias, de donde vino que en los tiempos del Emperador Anastasio se introdujera un nuevo procedimiento, según el cual era suficiente, siempre que siendo el hijo mayor se contara con su consentimiento, un rescripto que el Emperador promulgaba, y que mediante la presentación al Magistrado surtía sus efectos civiles.

Todavía esta rúbrica legal, que se ha perpetuado hasta nuestros días en formas análogas, se simplificó en la antigua Roma, y ya no fué el rescripto imperial el que autorizaba la emancipación, sino la simple declaración del Juez, *judices vel magistratus*. Fué esta reforma introducida por el Emperador Justiniano, y

extremando el anhelo de la simplificación como si el derecho reaccionara en contra de las antiguas fórmulas, vino el Emperador León y estatuyó que para que la emancipación se realizase bastase la declaración del padre ó la autorización de éste á su hijo para que formara economía aparte.

De aquí las cuatro formas de emancipación propiamente dicha que se conocen en la historia de la legislación romana con los nombres de Antigua, Anastasiana, Justinianea y la del Emperador León.

Viniendo ya á nuestro derecho, tenemos precisión de avanzar hasta las leyes de Partida para encontrar vestigios de la institución que nos ocupa.

Con efecto, las leyes 15, 16 y 17 del tít. XVIII de la 4.ª Partida establecen, en armonía con los trámites brevísimos de la emancipación Justinianea, que ésta se celebre ante el Juez, que es dado para todos los pleytos á que llaman en latín *ordinarius*, é debe venir el padre con aquel fijo que quiere sacar de su poder, é decir el padre como lo saca de su poder, é el fijo otorgarlo, á menos que el fijo fuesse menor de siete años, porque en este caso non lo puede fazer sin pedir merced al Rey que se lo otorgue.

Viniéronse observando estas formas de emancipación brevísima hasta que el abuso generó la restricción. El Rey Felipe V, observando que las más de las veces se autorizaban emancipaciones en daño de los padres y aun de los hijos, en mérito de razones alegadas en la misma ley, entre las cuales es de notar la de que »los padres al emancipar á sus hijos les hacen dación de todos ó la mayor parte de sus bienes, de que resulta que por la mala educación muchos de

ellos no suelen cuidar de los padres y se niegan á los hermanos,» dispuso que las justicias ordinarias no declarasen ni pudiesen declarar estas emancipaciones sin que primero diesen cuenta al Consejo, con los instrumentos de la justificación y causas de ellas, con expresión de que sin esta primera circunstancia se «darían desde luego por nulas quantas se hizieren.»

Tal es, á poco más ó menos, la ley 4.ª del tít. V del libro diez de la Novísima Recopilación. Y es el caso que, á la inversa de lo que aconteció en Roma, las trabas fueron aumentando, y al llegar al año de 1838, por la ley de 14 de Abril y reglamento de 19 del mismo mes, cuya ley es conocida entre los que al noble ejercicio del derecho se dedican por «la ley de gracias al sacar,» se estableció la necesidad de una justificación de los hechos en forma debida y de impetrar la gracia Real, la que una vez otorgada, y previo el pago de los derechos determinados en el Arancel, servía de base para el otorgamiento de la escritura de emancipación.

Todas estas complicaciones de tramitación lograron su objeto. En este estado las cosas, una nueva tendencia se manifestó hacia la sencillez de la emancipación justinianea. El proyecto de Código de 1851 consignó en su art. 274 que la emancipación se otorgara en escritura pública, con intervención del Alcalde del domicilio del emancipante.

Este retorno á nuestras tradiciones no era un noble deseo de simplificar; era más bien una necesidad impuesta por el mismo proyecto, que al disponer que antes de los diez y ocho años nadie pudiese ser emancipado, dió con el aumento de edad la suma de garantías que antes se buscaba en la justificación ante

los Jueces ordinarios, la licencia Real y el otorgamiento de la escritura pública de emancipación.

El proyecto de 1882 siguió los mismos pasos, y finalmente, el Código que nos rige copió el art. 282 de este último proyecto.

En esta rápida excursión que hemos hecho de los elementos adjetivos de la emancipación, desde la Legislación romana á nuestros días, nos hemos referido siempre á la emancipación propiamente dicha, es á saber: á la que proviene de la voluntad paterna, toda vez que la que se deriva del matrimonio y la que nace de la mayor edad, aparte de que, rigorosamente hablando, no merecen el nombre de emancipación, tampoco requieren procedimiento alguno, como todos aquellos estados de derecho que se producen, *ipso facto*, por ministerio de la ley, á diferencia de aquellos otros que se generan por una declaración judicial ó particular.

Viniendo ya á nuestro Código civil, observamos que al tratar de la emancipación, admite la voluntaria y la legal, desterrando la forzosa, si bien no con esta denominación, al capítulo que de los modos de acabarse la patria potestad se ocupa. Después de declarar en el artículo 314 que la emancipación *tiene lugar* por el matrimonio, cae en la redundancia del artículo siguiente al expresar que el matrimonio produce de derecho la emancipación.

Se ocupa de los efectos civiles que la emancipación produce, tanto por el matrimonio, cuanto por la voluntad del padre, y trastornando el orden de exposición que debiera seguir, trata primero del procedimiento, luego de los efectos civiles, y por último, de las condiciones que se requieren para la emancipación voluntaria, siendo

así que primero debióse hablar de las condiciones, luego de los efectos civiles, y, finalmente, del procedimiento, dando la preferencia al elemento sustantivo sobre el adjetivado, toda vez que el primero es el que rige y el segundo condiciona. Pero al cabo, es lo cierto que el Código civil se ocupa de ellos, y es vicio este de la falta de orden que no atañe al fondo.

Los efectos civiles de emancipación legal que la mayoría de edad produce, los lleva el Código á otro capítulo, donde también desarrolla, con el mismo defecto ya señalado en cuanto al método, aquella *venia ætatis* de los romanos, que hoy denominamos habilitación de edad, justísima antelación del término legal que se concede al menor cuando le faltan sus padres y se halla en condiciones de dirigirse por sí propio.

Esta antelación no es perfecta porque el habilitado de edad queda sujeto á tutela para enajenar y gravar inmuebles, tomar dinero á préstamo y comparecer en juicio, á tenor de lo dispuesto en el art. 324, en relación con el 317.

He aquí en líneas generales el contenido del título en cuyo estudio vamos á entrar inmediatamente.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA EMANCIPACIÓN

Dividida en dos capítulos la materia del presente título, consagrado el primero á la emancipación y el segundo á exponer los efectos de la mayor edad y de la habilitación, nos corresponde comenzar el estudio de

cada uno de los artículos. Algunos de ellos seguramente huelgan, y hubiéranse podido refundir en uno solo, v. gr., el 314 y el 315, donde se repite el mismo precepto, salvas las referencias á los artículos 59 y párrafo 3.° del 50 del Código civil.

Lo que este cuerpo legal no ha hecho lo haremos nosotros, y uniremos en un mismo comentario aquellos artículos que tienen íntima analogía.

Demos ya comienzo al estudio de ese estado intermedio entre la menor y la mayor edad, como dice gráficamente Leroy.

ART. 314. La emancipación tiene lugar:

1.° Por el matrimonio del menor.

2.° Por la mayor edad.

3.° Por la concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad.

Concordancias.—Análogo á los artículos 272 y 273 del proyecto de Código de 1851 y al 280 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, libro primero, título XI, ley* 8.ª—Si padre ó madre tubieren fijo ó fija en su poder, si le ficiere facer pleyto alguno de deuda, ó de conocencia, ó de otra cosa qualquier, tal pleyto no vala; maguer los fijos sean de edad cumplida: mas despues que los fijos salieren de su poder del padre, ó de la madre, ó estando con ellos fueren casados, y tubieren su casa departida, é recauden sus cosas por sí, si hobieren edad de veinte y cinco años, é ficieren pleyto con su padre, ó con su madre, ó con uno dellos, tal pleyto vala. Y esto vala en los fijos varones: ca pleyto que haga fija por casar, quier sea en cabello, quier viuda, si ficiere el pleyto con el padre ó con la madre ó con el uno dellos, no vala; maguer que haya veinte y cinco años, é si fuere casada, é otorgare el marido, el pleyto que ficiere, vala.

Part. 4.ª, *tit. XVIII, ley* 15.—Emancipatio es otra manera, sin las que diximos de suso, por que salen los fijos de poder de sus padres. E fazese desta guisa. Ca deue venir el padre, con aquel fijo que quiere sacar de su poder, antel Juez que es dado para todos los pleytos, a que llaman en latin *Ordinarius*. E seyendo anbos delante del Juez, el padre, e el fijo, deue dezir el padre, como lo saca de su poder, e el fijo otorgarlo. E por esta razon, quel saca de su poder, puede el padre retener para sí, de los bienes auenticios del fijo, la meytad de vsofruto. E esta meytad siempre se entiende que la puede auer por gualardon, porque lo saco de su poder; fueras ende, si señaladamente gela quitasse.

Part. 4.ª, *tit. XVIII, ley* 16.—Emancipar queriendo el padre algund su fijo, que non estouiesse delante, o que fuesse menor de siete años, non lo puede fazer, a menos de pedir merced al Rey, que gelo otorgue. E si el Rey gelo otorgare, deuelo embiar a decir por su carta, al Juez ordinario de aquel logar onde es el padre, como le otorgo poder de emancipar tal fijo, como sobre dicho es; nombrandol en la carta señaladamente, e diziendo en ella si es menor de siete años, o si es a otra parte, que non sea presente. E despues deue el padre venir ante aquel Juez, e mostralle aquella carta, en quel otorgo el Rey tal poder, como sobre dicho es. E deue dezir como quiere vsar della: e estonce puedegelo emancipar, e valdra la emancipacion. Pero si este, a quien emancipasse non estando delante, fuesse mayor de siete años, ha menester que quando viniere, que le otorgue antel Juez.

Part. 4.ª, *tit. XVIII, ley* 17.—Constreñido non deue ser el padre para emancipar su fijo, bien assi como non deue apremiar el fijo para emanciparlo; ante deue ser fecha la emancipacion con voluntad, tambien del uno como del otro, sin juyzio, e sin ninguna premia que pueda ser. Pero esto se ha de fazer concejeramente; que quier tanto dezir en este logar, como antel Juez, ante quien se deuen acordar las voluntades de ambas las partes, tambien del padre, como del fijo. E ha menester que el padre mande fazer carta, como saca el fijo de su poder; porque se pueda prouar la emancipacion, e non venga en dubda.

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 12.—... E non tan solamente puede fazer esto el Juez sobredicho, mas aun lo puede fazer el Juez de

aquel lugar, do nascio el moço, o el padre del. Esso mismo puede ser demandado al Juez del lugar, do ouiere el huerfano la mayor partida de sus bienes; e el Juez deuelo fazer, quier sea el moço delante, o non, e aunque lo contradixesse. Mas si el Juez que da el guardador, non ouiesse por si alguna destas razones sobredichas, non podria estonce el que fuesse puesto por mandado de tal Juez, auer la guarda del moço. E la guarda de cada vno destos guardadores deue durar fasta que el moço sea de edad de catorze años, e fasta que la moça sea de edad de doze, quier sea establecido el guardador en testamento, o de otra guisa; e de alli adelante, deuen los Judgadores dar, e otorgar al moço otro guardador, a que llaman en latin *Curator*, tomando tal recabdo del como del tutor. E este atal deuele auer en guarda, fasta que el huerfano sea de edad de veynte e cinco años.

Ley 47 de Toro.—El hijo ó hija casado y velado, sea avido por emancipado en todas las cosas para siempre.

Novísima Recopilación, libro diez, tit. V, ley 3.ª—El hijo ó hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre: y haya para sí el usufruto de todos sus bienes adventicios puesto que sea vivo su padre, el qual sea obligado á se lo restituir, sin le quedar parte alguna del usufruto dellos.

ART. 315. El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el artículo 59 y en el párrafo tercero del 50.

Concordancias.—Análogo al art. 272 del proyecto de Código de 1851, é igual al 281 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—(*Véanse los del artículo anterior.*)

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 314 Y 315.—La mayor parte de los modernos tratadistas de nuestro derecho civil, lo mismo que aquellos otros escritores que han reducido su labor á exponer metódicamente los principios consignados en la legislación castellana, han rendido tributo á una generalizada costum re, que consiste en clasificar la emancipación atendiendo á su causa ac-

tual, no á su origen remoto. Cuando procede del consentimiento libérrimo del padre ó madre que ejerza la *potestas*, la denominan voluntaria; si deriva de un mandamiento expreso de la ley, la llaman legal; finalmente, cuando los Tribunales la declaran en mérito de circunstancias probadas, que el derecho reconoce suficientes para arrancar á los padres su facultad augustísima de patria potestad, la califican de emancipación forzosa. Acepta el Código civil esta división en parte, puesto que cercena uno de sus miembros componentes, dejando reducidos á dos los modos por los cuales la emancipación tiene lugar, á saber: la voluntad de los padres y el mandato de la ley. Estos dos modos corresponden, el primero, á la emancipación voluntaria; el segundo, á la legal.

Los autores del Código, más atentos á la tecnología moderna que á la letra de las leyes patrias, han optado por una interpretación extensiva del vocablo emancipación, comunicándole de esta suerte la suficiente elasticidad y el ensanche debido para acondicionar bajo una misma institución jurídica dos actos diversos en su causa y accidentes, aunque de efectos análogos. Con ello no han hecho más que seguir el camino trazado, como en un principio dijimos, por los tratadistas y expositores del derecho patrio, contestes casi todos en conceder el *exequátur* á la clasificación que queda anotada. D. Salvador del Viso, no obstante, se separa del común pensar, y tomando como sólido apoyo la legislación romana y el Código alfonsino, recaba la pureza de nuestro derecho, expresando que aunque la palabra emancipación puede aplicarse en un sentido lato á todos los actos por los que salen los hijos del poder de su padre, en su acepción propia y verdadera sólo puede usarse para denotar la dimisión, renuncia ó abdicación que hace el padre de la potestad que tiene sobre el hijo, siendo de observar que esta definición que da Viso de la antigua *Emancipatio* es la misma consignada por Escriche en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, y lo que es más extraño, la propia que contiene el art. 298 del Código guatemalteco; por donde se demuestra la influencia de nuestra literatura jurídica, á pesar de su reducida extensión, en las Repúblicas americanas que hablan nuestro idioma.

Viene la voz emancipación del verbo latino *emancipare*, que vale tanto como soltar de la mano, transferir, enajenar, vender;

de aquí que los romanos emplearan esta palabra para designar la enajenación de bienes.

Acomodándola á la significación jurídica con que dicha voz vino del derecho romano á la Legislación castellana, y prescindiendo en este lugar de repetir las breves indicaciones históricas expuestas en la introducción al título que nos ocupa, procede manifestar que el tít. XVIII de la Partida 4.ª, tratando de «*las razones por que se tuelle* el poderío que han los padres sobre los fijos,» dice en el proemio estas palabras: «e por ende, pues que en el título ante deste mostramos deste poder, queremos aquí dezir, por quantas razones se desata, é en quantas maneras: é decimos que son quatro. La una es por muerte natural. La segunda es, por juicio que sea dado en razon de desterramiento para siempre: á que llaman en latín *Mors civilis*. La tercera es por dignidad á que pujasse el hijo. La quarta es, *quando el padre sacasse su fijo de su poder, á plazer dél, á que dizen en latín* EMANCIPATIO.»

Derívase de aquí que en el rigoroso contexto del Derecho castellano la palabra emancipación no puede aplicarse á todos los modos ó razones por las cuales sale el hijo del poderío paterno, sino solamente al acto por el cual el padre ó madre que ejerza la *potestas* voluntariamente abdica, renuncia dicho poder en beneficio de su hijo menor.

Y la prueba más palmaria de este aserto nos la suministran las leyes que con posterioridad al Código del Rey sabio se dictaron, y aun las de este mismo cuerpo legal. Así es que la ley 15 del título XVIII de la Partida 4.ª dice: «*Emancipatio* es otra manera sin las que *diximos de suso*, por que salen los fijos del poder de sus padres,» y más adelante, la ley 47 de Toro, recogida con la 48 por la 3.ª, tít. V, libro diez de la Novísima Recopilación, al admitir el matrimonio como causa por la que se extingue la patria potestad, manifiesta: «El hijo ó hija casado y velado *sea avido por emancipado* en todas las cosas y para siempre,» es decir, valga el matrimonio y la velación, de la propia suerte que la renuncia del poderío paterno; produzcan el casamiento y la emancipación los mismos efectos civiles. Aquí se marcan con exactitud los caracteres de diferenciación de uno y otro, conceptuando la concesión graciosa del padre como un acto totalmente distinto del expreso mandamiento de la ley. La emancipación propiamente dicha, como emanante de la voluntad paterna, que se de-

termina con espontaneidad, es un acto. La extinción de la potestad patria por el matrimonio ó la mayor edad no es un acto, sino la derivación de un hecho jurídico. La primera es obra de la voluntad individual. La segunda debemos reputarla como producto de la voluntad colectiva convertida en ley por el concurso del tiempo y la costumbre, junto con la cooperación del legislador. La primera pertenece á la esfera del derecho voluntario; la segunda á la del derecho necesario.

Todas estas distinciones las ha pasado por alto el Código al recoger de la emancipación sólo el efecto, y encerrar dentro de su cerco, así la extinción del poderío paterno producida por la voluntad al consentir libremente, como la generada por el matrimonio ó la mayoría de edad. Son tanto más extraños estos procederes, cuanto que el Código civil no se ha ceñido literalmente á la tecnología usada por nuestros escritores de derecho, sino que, apartándose en cuanto concierne á la emancipación denominada forzosa, ha destinado un capítulo exclusivamente á tratar de los modos cómo se acaba la patria potestad, mencionando en él concisamente la mayor parte de las causas que la ley de Partidas conceptuó bastantes para privar á los padres de la potestad, á saber: la dureza excesiva y las órdenes, consejos ó ejemplos corruptores.

El Código, para ser lógico, debió seguir uno de dos caminos: ó aceptar en su totalidad la clasificación que siguió Laserna, es decir, emancipación voluntaria, legal y forzosa, ó plegarse á la tradición del Derecho castellano, contrayendo el concepto de la institución que nos ocupa al acto en cuya virtud el cónyuge que ejerce la patria potestad la renuncia en beneficio de su hijo menor de edad, aunque mayor de diez y ocho años, previo su consentimiento. Huyendo de la lógica, y apasionado, no de los términos medios tan alabados por el filósofo Estagirita, sino de los términos eclécticos, admite la llamada emancipación voluntaria y la legal, y reconociendo, como no podía ser menos, la forzosa en su fundamento jurídico, la arrebata su filiación y la conduce al capítulo que se ocupa de la extinción de la patria potestad, siendo así que con la misma razón podía haber llevado á dicho lugar la extinción de la potestad por el matrimonio y la mayor edad.

Buscando una explicación, no la hallamos satisfactoria.

Tal vez la consideración de que la salida del poder paterno

por el casamiento ó la mayor edad llevan consigo la extinción de la potestad, á diferencia de las causas de sevicia y ejemplos corruptores, que sólo producen la privación ó suspensión de la misma, haya llevado al legislador á trazar las líneas diferenciales entre la denominada anteriormente emancipación forzosa y la voluntaria y legal, ó acaso la mayor suma de derechos que produce la finalización de la potestad por los dos motivos antedichos. Pero sea una ú otra la razón, precisa reconocer que el apoyo no es muy sólido, porque siempre resultará que se califica de emancipación lo que no es más que uno de los medios por los cuales la potestad se acaba, confundiendo la institución en su filosofía con los efectos á que da margen. El verdadero fundamento estriba en una división entre el derecho voluntario y el necesario.

A la primera categoría corresponde la emancipación propiamente dicha, ó sea la otorgada por el padre ó madre que ejerza la patria potestad. Acto eminentemente voluntario, nadie puede compeler al padre á que emancipe á su hijo si así no place á su albedrío.

Dentro de la segunda procede hacer una subdivisión, según la patria potestad acabe por el propio ministerio de la ley *ipso facto*, ó sobrevenga su pérdida por efecto de una condena, ó proceda de la expresa declaración de los Tribunales. En el primer término de la subdivisión, caben la mayor edad, el matrimonio, la adopción y las segundas nupcias de la madre viuda, sin perjuicio de que en este caso pueda la cónyuge binuba cuando enviude recobrar la potestad. En el segundo se comprenden el divorcio y la interdicción civil. En el tercero, los malos tratos para con los hijos, y las órdenes, consejos ó ejemplos corruptores, así como dicen las Partidas: «Si el padre fiziesse tan grand maldad que diesse carrera a sus fijas de ser malas mujeres de sus cuerpos, apremiándolas que fiziessen tan grand pecado.»

Desde luego que en esta clasificación influye, y aun podrían constituir término de la misma, las condicionalidades impuestas por la naturaleza de los hechos que originen el acabamiento, la pérdida ó la suspensión del poder paterno, pero éstas son más bien modalidades que no afectan á la esencialidad del derecho perdido, sino á su duración.

Y señalado el defecto, mediante estas ligeras consideraciones

críticas, el método de nuestra obra nos rinde al yugo del artículo que estudiamos, por cuyo motivo repetiremos con el mismo que la emancipación tiene lugar:

I. *Por el matrimonio del menor.*—Salta desde luego á la vista la redundancia de este inciso, defecto repetidísimo en la sucesión de artículos que componen el Código. La ley de Matrimonio civil de 1870, desarraigando añejas tradiciones, desató aquel pesado lazo que retenía al hijo soltero bajo el poder de su padre, estableciendo la edad de veinticinco años como frontera del señorío de este último.

Si el mayor de edad por el hecho mismo de haber cumplido los veintitrés años, es libre y goza de las prerrogativas civiles que el derecho estatuye, ¿qué otro matrimonio puede generar la emancipación, ó dicho con más exactitud, producir sus efectos, que el matrimonio del menor? Con que el Código hubiera expuesto: La emancipación se produce: 1.°, por el matrimonio... se adornaría con la sobriedad, que al cabo es esta virtud en las leyes su más preciada galanura.

Conócese que era idea trabajada por los legisladores anteriores á las leyes de Toro, esta de que el que contrae matrimonio, en el hecho de inaugurar con su estado un nuevo género de vida, sentando las bases de una familia, debía romper los eslabones de la cadena que le retenía sujeto al yugo de su progenitor, por cuanto él á su vez adquiría la misma condición. Cada sociedad, por reducida que sea su esfera, requiere indispensablemente la unidad del poder, un jefe que la gobierne y al que permanezcan sumisos los constituidos bajo su égida. La sociedad familiar también necesita un poder al que obedezcan la esposa y los hijos. ¿Y en dónde como en el varón, que por acto libre de su voluntad contrae ineludibles deberes, puede radicar ese poder, aunque no sea más que para regular esas obligaciones espontáneamente aceptadas?

El matrimonio crea la sociedad familiar. Ésta requiere un jefe; la deducción que rigorosamente se impone es la de que lo sea el marido. Mas el poder no puede ejercitarse si no es independiente; el pensamiento no concibe la idea de un poder subordinado á las resoluciones de otra voluntad. He aquí, pues, el fundamento filosófico de la emancipación denominada legal, ó sea de aquel estado relativo de libertad en la vida civil que el matrimo-

nio crea. Este estado se extiende con las naturales limitaciones á la mujer, toda vez que ella integra con el varón la sociedad matrimonial, de la que ha de arrancar luego la filial, y asimismo porque desde el instante que se somete á la autoridad del marido sigue su condición, y si ésta es de libertad, de libertad ha de ser también la de la esposa.

Así, pues, el primer vestigio que de la idea desarrollada brevemente encontramos, rebuscando por los cuerpos legales que han venido siendo turbia y caudalosa corriente de nuestro derecho, se halla en el notable Código del Fuero Real y en su ley 8.ª, título XI, libro primero, que puede estudiarse en los *Precedentes legales* de este artículo.

En ella se consignan estas palabras: «e si fuese casada é otorgare el marido, el pleyto que ficiere, vala.»

Tan buena semilla no arraigó porque no estaba la tierra en sazón, y se comprende que quedara sofocada, toda vez que la idea se lanzó cuando el renacimiento del Derecho de Roma cobraba un vigor inusitado y se elaboraba una legislación, como la de Partidas, trasunto fidelísimo de la romana, hacia la cual volvían los ojos los jurisconsultos de la época, estimándola como el ideal.

La ley 47 de Toro estableció una regla, única: «El hijo ó hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre.» De entonces acá el mismo precepto se ha venido repitiendo en la legislación castellana, ora en la Novísima Recopilación, ora en la ley del Matrimonio civil, ora, finalmente, en el Código que concentra todas nuestras atenciones en la aspiración única de comentarlo rectamente.

Cataluña, en punto á este particular, nos tomó la delantera. Ya en el año de 1351 el Rey D. Pedro III promulgó una ley, que cita Gutiérrez en sus *Estudios fundamentales*, en la cual se ordena que si el hijo ó hija, nieto ó nieta ó cualquiera otro descendiente constituído en potestad del padre ó del abuelo ú otro ascendiente se colocasen en matrimonio en voluntad del padre, del abuelo ó de las personas en cuya potestad estuvieren, sean habidos *incontinenti* y por el mero hecho emancipados.

Esta ley conviene en lo sustancial con la 47 de Toro; pero, como observarán nuestros lectores, no exige como requisito la velación, que ha dado margen á tantas y tantas disputas entre

comentadores y juristas. Quiénes consideraron requisito ineludible para que los casados se reputaren emancipados la velación prescrita por la ley de Toro, ajustándose estrictamente á la interpretación literal; quiénes, más prácticos, que en muchas ocasiones la idealidad es positiva, escudriñaron la intención del legislador y sacaron en limpio que su pensamiento fué evitar los matrimonios clandestinos que por aquel entonces eran muy frecuentes.

Bien se ve que la ley de Toro estaba terminante; pero no es menos cierto que aunque el matrimonio se celebre sin la velación, no por eso se le reputa clandestino. Así es que los intérpretes de las leyes de Toro, fundados en estas razones, no conceptuaron preciso el rito de la velación para que el hijo saliese de la patria potestad. Y todavía hallaron un asidero robusto en la ley 49 del mismo cuerpo legal, en cuya ley se dice: «Mandamos que el que contraiga matrimonio que la Iglesia tiene por *clandestino*,» de donde dedujeron que el espíritu de la ley de Toro se ajustaba al de las leyes canónicas, y no exigiendo éstas que los cónyuges se velen para que el matrimonio se considere legítimo y público, al fin y á la postre resultaba un apéndice inútil este de la velación, que tanto dió que pensar á los antiguos sutiles comentadores, todas cuyas argucias y minuciosidades se derrumbaron en el punto mismo que, celebrado el Concilio tridentino, sus Cánones, reconocidos como leyes del Reino, vinieron á regular el matrimonio.

Bástenos saber que el matrimonio produce el acabamiento de la patria potestad y confiere al menor derechos que de otra guisa no tendría.

De este tan sencillo principio se desprenden cuestiones de derecho que la ley no puede tratar, pero cuyo dominio pertenece á los que se imponen el ministerio de exclarecer las reglas escritas.

Para presentarlos con cierto método, seguiremos los diversos estados en que el sujeto de la emancipación se encuentra.

El hijo, como sujeto de derecho, puede hallarse, por lo que respecta á lo que hemos convenido en llamar emancipación legal por el matrimonio, en dos estados distintos, uno anterior, otro posterior al vínculo, y ya en esta última situación, puede suceder que el lazo se destruya por la nulidad, producida por algún impedimento ignorado al tiempo de la celebración.

Todas estas situaciones ó estados legales van á ser materia de nuestro estudio, mediante casos prácticos para la más fácil asimilación de los conceptos que expondremos.

De la emancipación anterior al matrimonio y con relación á éste.— Un caso comprende el anterior epígrafe, digno de ser considerado, no tan sólo por su importancia, cuanto por la transcendencia de los efectos que pudiera producir la omisión de los requisitos legales.

A y *B*, habida consideración á la edad de su hijo *C* (veinte años, v. gr.), á las condiciones de desarrollo intelectual y á cualesquiera otras circunstancias dignas de aprecio, le otorgan la emancipación.

Acto continuo queda, según previene el art. 317 del Código civil, habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, con la única excepción de no poder tomar dinero á préstamo, enajenar y gravar bienes inmuebles hasta la mayor edad, ó sea los veintitrés años.

Obtenida la emancipación, *C* se decide á contraer matrimonio, y surge la pregunta siguiente: ¿necesitará de la licencia de sus padres ó simplemente del consejo?

Cuestión es ésta cuyas dos soluciones son igualmente aceptables, porque vienen autorizadas por el silencio de la ley y por la fuerza de una lógica argumentación.

La primera, es decir, la que reputa indispensable el consentimiento de los padres para que el menor emancipado pueda contraer matrimonio, tiene en su apoyo el texto desnudo de los artículos 45 al 48 del Código civil. Al establecer dichos artículos como requisito insustituible para contraer matrimonio la licencia ó el consejo, tomaron como punto de arranque para la diferenciación aquella edad en que no solamente por la emancipación de derecho que se produce, sino por la plenitud á que se supone llegada la inteligencia, es capaz el sujeto de derecho de conducirse con juicio y moderación en un paso tan transcendental como el del matrimonio, que viene á condicionar la vida entera. Así es que la ley dice: hasta los veintitrés años la licencia del padre, ó de la madre en su defecto, ó de los abuelos á falta de ambos, y en último término la del consejo de familia; pasados los veintitrés años el consejo de los padres, que nunca está de más su reflexión y cariño aclarando los horizontes ocultos por la

ofuscación de los amores y templando el ardor de la pasión, que presenta, como dice Goyena con elegante frase, una alfombra de flores que encubre muchas veces un abismo de miserias.

Para el Código, según este criterio, no hay más que mayores y menores de edad. Los primeros necesitan del consejo, los segundos de la licencia, sin que puedan excusarse de regla tan general los menores emancipados por concesión de los padres, porque su nuevo estado de derecho no los trueca á mayores de edad, y buena prueba nos suministra la limitación impuesta para aquellos actos de transcendencia relativos á la enajenación y gravamen de los inmuebles. Pues si para actos de esta índole brilla todavía el poder paterno, ¿cómo no habrá de imponer su albedrío en aquel acto en que se enajena y grava para siempre un algo de voluntad?

Y dicen los que mantienen la segunda solución: el art. 317 del Código habilita al menor emancipado para regir su persona como si fuera mayor. Es así que el mayor para contraer matrimonio sólo necesita del consejo de sus padres, luego el menor emancipado, que para los efectos de regir su persona es mayor, tampoco necesita de otro requisito.

En verdad que no carece de fuerza el raciocinio, que todavía se robustece más con este otro argumento: si el Código hubiera querido exceptuar del principio general que estatuye á los menores de edad emancipados, lo hubiera expresado con toda llaneza y claridad, de la propia suerte que les ha prohibido, sin consentimiento de los padres ó de un tutor, la enajenación y gravamen de los inmuebles y el tomar dinero á préstamo.

En la precisión de optar por una de las resoluciones, y reconociendo que ambas tienen apoyos de prestigio en su pro, haremos una salvedad que nos impone la índole especialísima del caso.

Todas nuestras simpatías están por la segunda, porque conceptuamos que si por la emancipación y por la eficacia del consentimiento paterno queda el hijo en condiciones de dirigirse como si fuera mayor, no debe venir á rendir parias solicitando la licencia, sino mostrando la reverencia y el respeto, mediante la petición del consejo.

Otra razón coadyuva en favor nuestro, es á saber: el hijo, desde el momento que se emancipa, sale de la patria potestad,

según previene el art. 167. Hasta entonces, tiene la obligación de obedecer á sus padres; desde dicho instante, sólo está en el deber de respetarlos y venerarlos, mas no de asentir á las determinaciones de su voluntad, ejecutando los mandatos de aquéllos.

Ahora bien: ¿qué es la licencia, sino la manifestación más expresa de la sumisión filial á los imperativos paternos? ¿Y no es un contrasentido afirmar en redondo que el hijo emancipado tan sólo es deudor de respeto á sus padres, y á la par proclamar que no puede contraer matrimonio sin licencia de aquéllos?

Pues qué, la licencia ¿no implica en la voluntad del padre la facultad de contrariarla, negando su asentimiento al matrimonio de su hijo?

Sucede con estos casos dudusos, que la misma complexidad de la materia presenta fases distintas, según la varia situación de las personas, y á este tenor la resolución fluctúa en uno ú otro sentido y casi siempre con probabilidades de acierto. Así, verbigracia, una menor de diez y nueve años enviuda y á los dos años de viudez vuelve á contraer matrimonio; ¿necesitará para la validez y perfección de este segundo enlace, en cuanto atañe á los efectos civiles, de la licencia de sus padres, ó sólo del consejo de los mismos?

El caso es por su naturaleza idéntico al expuesto anteriormente: diferénciase, sin embargo, por la condición y carácter de las personas. Si nos plegamos al texto rigorista de los artículos 45 á 48, desde luego se impone la afirmativa, porque sobre la calidad de emancipada por el primer matrimonio, descuella su minoridad. Mas, como á simple vista notarán nuestros lectores, pugna con la independencia propia de la mujer emancipada y con la ausencia de poder en el padre, esta abdicación de la propia voluntad en aras de un principio, máxime cuando la licencia ya no va secundada por la necesidad de suplir la falta de reflexión; que la mujer viuda harto sabe, por propia experiencia, las inseguridades para lo porvenir que consigo lleva el paso arriesgado del matrimonio.

Por estas razones decíamos más arriba que nuestras simpatías están por la última de las dos soluciones, hasta el extremo de que si se nos pidiera dictamen, sin reparo ninguno le daríamos en el indicado sentido. Sin embargo, por la gravedad de nuestras leyes y por la desconfianza y recelo de nuestros Tribunales, casi

tenemos la seguridad de acertar sostenimiento que el hijo menor emancipado con el consentimiento de los padres necesita para contraer matrimonio de la licencia de estos últimos, en defecto de los abuelos, y en su falta, de la del consejo de familia..

Expuestos ya los casos anteriores, debemos considerar la emancipación en un nuevo estado, es decir, debemos estudiar la condición legal de los emancipados por el matrimonio en cuanto á ellos directamente atañe. En dos situaciones pueden encontrarse: una normal, otra anormal. Principiaremos nuestro estudio por esta última, adoptando el mismo procedimiento, es decir, presentando casos prácticos que faciliten la comprensión y quiten aridez al estudio, por lo mismo que la atención se cautiva más fácilmente cuando no encuentra obstáculos en la labor de asimilar ideas.

1.° *A* y *B*, menores de edad, contraen matrimonio sin obtener previamente la licencia de sus padres, abuelos ó consejo de familia en sus casos respectivos. ¿Débeseles reputar emancipados, á pesar de que el matrimonio se haya celebrado contra la voluntad de las personas llamadas por la ley á prestar su autorización? Desde luego se comprende que siendo válido el matrimonio y produciendo sus efectos en cuanto al orden canónico y civil familiar se refiere, la emancipación, que es una secuela del casamiento, se produce sin que pueda en modo alguno invalidarse, ínterin permanezca incólume el vínculo contraído. Pero si, por lo que respecta á que los contrayentes quedan emancipados, no puede caber duda, conviene presentar la situación legal en que la rebelión á la voluntad paterna les coloca. Esta situación la define clarísimamente el art. 50 del Código civil (*véase comentario, tomo II*). Dice dicho artículo que si á pesar de la prohibición del artículo 45 se casasen las personas comprendidas en él, su matrimonio *será válido*; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal, quedarán sometidos á las siguientes reglas: 3.ª Si uno de los cónyuges fuese menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue á la mayor edad. Entretanto, sólo tendrá derecho á los alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes.

Este precepto legal tiene una estricta aplicación al caso que hemos presentado, porque es indiferente para ello que sea menor no emancipado uno solo de los cónyuges ó que lo sean ambos.

Obsérvase una desarmonía tan marcada, que más se aproxima á la contradicción que al desequilibrio de los textos referidos. Con efecto, á los cónyuges hay que reputarlos emancipados desde el instante que el matrimonio es válido, y el matrimonio produce la emancipación; mas es lo cierto que sus efectos son tan restringidos, cuanto que se reducen pura y sencillamente á relajar el lazo de sumisión al poder paterno y á gozar del usufructo de sus bienes propios. El hijo menor de edad que se casa sin la licencia exigida por el art. 45, ni aun siquiera podrá administrar sus propios bienes, quedando bajo una especie de tutela, que hay que presumir ejercida por el padre, en su defecto la madre, y á falta de ambos un tutor, hasta que alcance la mayoría.

Esta situación anómala y cruel, además de ser un castigo para los hijos, en razón de su rebeldía á la voluntad de sus progenitores, es una pena que recae sobre estos últimos, en cuanto toca á los efectos incómodos y molestos que produce. El padre ó madre que administre los bienes de su hijo menor no podrá recibir el usufructo de los mismos por dos razones muy sencillas. La primera porque el usufructo proviene de la patria potestad, y extinguida ésta, concluye aquél. Segunda, porque el hijo tiene derecho á los alimentos, que han de salir de la renta líquida de sus bienes, y esta renta constituye precisamente el usufructo que al padre ó madre en su caso le correspondería percibir y disfrutar. Fuera aparte de la tirantez que se crea entre padres é hijos, con grave daño de la paz doméstica y detrimento del respeto y reverencia que los hijos deben á los padres por derecho natural y por mandato expreso del Código en su art. 154. Así es que los padres serán los administradores legales de los bienes de los hijos, que ya no se hallan bajo su potestad, contraviniéndose el art. 159, que sólo les reconoce esta facultad respecto de los hijos no emancipados.

La indeterminación en que el Código ha dejado este caso importantísimo, y la anormalidad y rareza de los preceptos establecidos, dan vida á multitud de cuestiones, que sólo pueden resolverse á la luz de la equidad y por las reglas de la analogía que recomienda el paralelismo de los casos.

Vamos nada más que á diseñar en ligerísimo boceto una de las principales incertidumbres que pueden asaltar.

Hemos dicho que el hijo menor que se case sin la licencia de sus padres sólo tendrá derecho á los alimentos, y que éstos habrán

de salir de la renta líquida de sus bienes. Claro es que el Código no lleva su crueldad al extremo de autorizar solamente la cantidad estricta para los alimentos del hijo si, v. gr., su mujer es pobre y carece de medios de subsistencia; y aun cuando sobre el particular nada manifiesta, basta saber que los cónyuges se deben recíprocamente alimentos para que el rigor del texto se quebrante y dulcifique. Pero muy bien puede ocurrir que la renta líquida de los bienes no sea suficiente. Si, por ejemplo, nacen hijos ó la desgracia se cierne sobre la nueva familia agobiándola con su cortejo de enfermedades y pesadumbres, los gastos acrecerán y la renta no será suficiente para sufragar aquéllos. Como único arbitrio se impondrá la venta de algunos bienes: mas, ¿podrá el hijo recibir el producto de la venta antes de llegar á la mayor edad? La ley es dura, y lleva su rigor hasta la crueldad. Si aquí cumplimos con el *summun jus*, resultará la *summa injuria*.

La ley sólo le otorga derecho á los alimentos, pero sin que éstos puedan exceder de la renta líquida de sus bienes; la equidad le concederá el exceso, suministrándole los medios de conllevar su situación. Jamás nos cansaremos de censurar tan agria y repulsiva ley, que lleva su persecución hasta la hora de la muerte, negando que los cónyuges puedan recibir nada por testamento, y entronizando, con grave fenómeno de atavismo, la perpetuidad de las penas.

Admitiendo que pueda verificarse la venta de algunos bienes, ¿quién venderá? Indudablemente el padre, ó la madre en su defecto, y á falta de padre y madre un tutor. No cabe otra solución. Si al hijo se le niega la administración de sus bienes, ¿cómo podrá vender aquello que ni siquiera puede administrar? Y ahora bien: ¿podrá el padre vender sin ningún requisito, ó será precisa la autorización judicial? No hay que olvidar que el art. 164 del Código preceptúa que el padre, ó la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó *la administración*, ni gravarlos sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que en cuanto á los efectos de la transmisión establece la ley Hipotecaria.

Que se trata de bienes respecto de los cuales los padres son los administradores legales, es indiscutible, porque así se deriva

del texto expreso del art. 50, siquiera el hijo se halle emancipado. En su consecuencia, la disposición del art. 164 es aplicable, y habrá necesidad de obtener la autorización judicial, previos los trámites de los artículos 2.012 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. Ya comprendemos que la solución es forzada, pero á ello obliga la especial condición en que la ley coloca al hijo menor que se casa sin la licencia requerida por el art. 45. De una parte le reputa emancipado, de otra prolonga, por decirlo así, la potestad, ó con más propiedad, impone á los padres una especie de curatela sobre el hijo, consagrada exclusivamente á la administración de los bienes con el deber de suministrarle alimentos, pero sin que puedan exceder de la renta líquida de aquéllos.

Es un hecho digno de ser notado que el Código, cuando se ocupa de la venta de bienes de menores, aunque éstos se hallen emancipados, recurre á una combinación de personas para procurar que en todo caso no sea una sola la voluntad que delibere y ejecute, sí una la que determine y otra la que sancione. Así, v. gr., pretende vender un padre bienes inmuebles de su hijo: surge la personalidad del Juzgado autorizando la venta mediante la justificación de la necesidad ó utilidad. Es un tutor el que necesita vender bienes de su pupilo: la ley llama al consejo de familia á prestar su consentimiento. Es, finalmente, un menor emancipado por concesión de sus padres ó por el matrimonio: también en este caso requiere el Código que consientan el padre ó la madre, ó á falta de ambos, un tutor.

Recogiendo esta enseñanza y aplicándola al caso que estudiamos, queda justificado nuestro aserto, porque la condición del hijo casado sin licencia de su padre es análoga á la del menor no emancipado, toda vez que por obra de la culpa la potestad paterna parece como que se extravasa de sus límites legales y ocupa aquellos huecos destinados al libre ejercicio de la capacidad jurídica. Y siendo tal la analogía de las situaciones, justo es aplicar las mismas reglas de derecho.

Este será un caso de tutela si el padre ó la madre fallecieren, caso que guardará estrechas semejanzas con el de tutela del pródigo, por cuanto disfrutando el sometido de la autoridad marital y paterna, estará incapacitado para la administración de los bienes; la diferencia radica en que llegado el menor emancipado á la mayor edad recibirá la administración retenida, siquiera la

culpa persevere y cada cónyuge retenga el dominio y la administración de sus bienes propios, haciendo suyos los frutos, y con expresa prohibición de recibir nada uno del otro ni por donación ni por testamento.

He aquí ya de relieve esta excepción, que altera el principio de que el emancipado puede regir su persona y bienes como si fuera mayor; excepción odiosa y vituperable que debiera desaparecer ó, por lo menos, dulcificarse, otorgando á los padres la facultad de borrar con su perdón la rebeldía, disculpable por un arrebato de pasión, natural en los pocos años. ¿No castiga el Código penal en su art. 489, con prisión correccional en sus grados mínimo y medio, al menor que contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó personas que para el efecto hagan sus veces? Y ¿no se borra la pena con el indulto cuando los padres ó personas referidas aprueben el matrimonio? Pues ¿qué razón hay para imponer, á más de la sanción penal, otra sanción civil, más cruel todavía y más ominosa, porque imprime el estigma para toda la vida y aun después de la muerte, llevando consigo la perpetuidad absoluta, detestada por la ciencia moderna?

¿A qué, si el padre perdona la ligereza de su hijo, privar á éste de su capacidad, á pesar de estimarle emancipado, é infernar un matrimonio, creando, en lugar de dos voluntades sumisas en orden á un fin común, ideal del vínculo conyugal, dos voluntades independientes y opuestas, cuanto que las divide el interés individual, perenne manantial de disturbios?

2.° Queda, pues, ya expuesto este primer caso de emancipación por el matrimonio cuando el hijo no haya obtenido la licencia de las personas llamadas á otorgarla, y vamos á tratar de la situación normal de los emancipados cuando el matrimonio se ha celebrado con todos los requisitos y solemnidades y no se descubre ningún impedimento que venga á turbar la tranquilidad de la vida conyugal.

Suponemos que los cónyuges no han llegado á la mayor edad. La situación jurídica se determina por el art. 59 del Código civil, que, como es sabido, distingue dos casos, á saber: que el marido sea menor de los diez y ocho años, ó haya traspuesto esta edad.

Si fuese menor, no podrá administrar sin el consentimiento del padre, en su defecto de la madre, y á falta de ambos un tutor; mas si fuese mayor de los diez y ocho años, ejercerá por sí sólo la

administración de los bienes de la sociedad conyugal, salvo que al tiempo de contraer matrimonio se hubiese estipulado en contrario, y sólo necesitará del consentimiento del padre, de la madre ó, en defecto de ambos, de un tutor, para tomar dinero á préstamo, gravar ó enajenar bienes raíces. Las diversas situaciones, ora sea el marido mayor y la mujer menor, ó viceversa, y las complicaciones que la práctica arroja por consecuencia de la discordancia de leyes vigentes al mismo tiempo, quedaron suficientemente tratadas en el comentario del art. 59, que no reproducimos para evitar repeticiones enojosas, remitiendo allí á nuestros lectores.

La emancipación que el matrimonio produce cuando el varón es menor de diez y ocho años es una emancipación restringida, cuyos efectos conviene presentar.

No queda, como á simple vista pudiera creerse, el varón ó la mujer menor de diez y ocho años que contraen matrimonio en la misma situación que antes de contraerlo. En primer lugar, la patria potestad se extingue, y esta extinción produce la pérdida del derecho de usufructo que los padres gozaban sobre los bienes de sus hijos. El usufructo que el padre ó madre que ejerzan la patria potestad tienen sobre los bienes que el hijo adquiera con su trabajo ó industria ó por cualquier título lucrativo, á tenor del artículo 160 del Código civil, es una graciosa remuneración otorgada al padre por los desvelos y cuidados que le proporciona la educación de sus hijos, remuneración que se compensa con el deber de los padres de proporcionarles alimentos. Es además un reconocimiento del poder. Cuando el poder se destruye y el sometido adquiere la libertad, constituyendo una familia, aquellas gabelas que antes rendía al poder paterno tienen que desaparecer.

He aquí, pues, el primer beneficio que la emancipación reporta.

Con el acabamiento de la patria potestad adquieren los emancipados por el matrimonio el derecho de residir en aquel punto que más les plazca, aun siendo menores de los diez y ocho años. Además, á diferencia de aquellos que contrajeron matrimonio sin la licencia de las personas enumeradas en el art. 45, pueden estos de que nos ocupamos dedicar á las atenciones perentorias del matrimonio, no sólo la renta líquida de los bienes sin que

pueda exceder de esta cantidad, sino aquella porción que sea suficiente para levantar con decoro las atenciones del matrimonio.

Pero sobre todos los dichos, el principal de los efectos que la emancipación produce respecto del menor de diez y ocho años, consiste en que entra en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, pero restringida su capacidad.

Alguna duda pudiera sugerir la redacción del art. 59, duda que conviene desvanecer en este momento. Dice dicho artículo que si el marido fuese menor de diez y ocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y á falta de ambos sin el de un tutor. ¿Quiere esto expresar que la facultad de administración puede ser concedida ó negada por el padre, madre ó tutor, ó que reside de pleno derecho en el varón menor de los diez y ocho años, quien, esto no obstante, por su corta edad necesita del apoyo de aquellas personas que gozan de capacidad plena? Esta última es la interpretación racional y única que cabe adoptar.

Ahora bien: de aquí se deriva que según el marido sea menor ó mayor de los diez y ocho años, así en igual proporción serán mayores ó se reducirán las facultades de los padres ó del tutor. Con efecto: en el primer caso, no sólo son llamados á prestar el consentimiento para la administración de los bienes y para suplir la capacidad del marido al consentir ú otorgar licencia á su mujer á los efectos del art. 61, sino que sus facultades se extienden al consentimiento para tomar dinero á préstamo, gravar y enajenar bienes raíces. Con esto se produce, en nuestro sentir, una anormalidad, un caso patológico, hacia el cual conviene llamar la atención.

Al comentar el art. 59 expusimos en mérito de nuestro trabajo de interpretación que cuando la mujer fuese mayor de edad y el marido menor, no necesitaba éste de la autorización judicial para enajenar ó gravar bienes de la mujer, aunque fuesen dotales ó parafernales, inscritos con esta cualidad, porque regulándose la capacidad del marido por el art. 59, éste no exige, cuando aquél es mayor de los diez y ocho años y menor de veintitrés, más requisitos que el consentimiento de sus padres ó del tutor en defecto de aquéllos.

Es ahora ocasión de manifestar que cuando el varón emancipado sea menor de los diez y ocho años regirán idénticos preceptos,

porque su capacidad se determina asimismo por el art. 59, y éste no exige ni en uno ni en otro caso la autorización judicial. Pero ¿debiera exigirla? Cuestión es esta donde las opiniones aparecen contrapuestas. En este comentario hemos manifestado un poco más arriba que el Código civil, en los casos de enajenación de bienes raíces, basándose en temperamentos reflexivos, siempre exige la cooperación de dos voluntades, una que determina y otra que sanciona. Esta regla general halla una injustificada excepción en este caso del menor de diez y ocho años emancipado, porque las personas que suplen su incapacidad de derecho, padre, madre ó tutor, no están solamente llamadas á prestar su consentimiento para la administración, sino también para el gravamen, enajenación de bienes raíces y para tomar dinero á préstamo. Asumen, pues, una representación máxima y con ello se da el contrasentido de que en el ínterin estén los hijos sometidos á la patria potestad, tenga el padre que obtener la licencia judicial cuando intente vender bienes raíces de un hijo suyo de veintiún año, por ejemplo, y cuando la emancipación venga á destruir el poder paterno, v. gr., por el matrimonio de un menor de diez y ocho años, baste el consentimiento del padre en los mismos casos en que antes éste tenía que buscar como salvoconducto de sus actos la autorización judicial. Y no es cuerdo sostener que esta mudanza de criterios en líneas que se adaptan á una misma generatriz, reconoce por causa determinante la emancipación y la rotura de la patria potestad, porque si la acción de los padres ó del tutor se ciñera sólo á los casos de enajenación ó gravamen podría pasar el argumento; pero cuando está indicada por la ley para los actos de administración hasta que el menor trasponga los diez y ocho años, no hay razón suficiente para estatuir diferentes principios. Estando el hijo sometido al poder paterno ó materno, la ley no tolera la enajenación y gravamen de bienes raíces sin la autorización del Juez del domicilio con la mira de investirle de mayores garantías. A fe que no podrá argüirse que el varón casado menor de diez y ocho años requiere menos apoyos y solicitudes que el menor soltero mayor de dicha edad.

Bien está que sean los padres y el tutor los que otorguen su consentimiento para dichos actos de enajenación ó gravamen cuando el hijo casado sea mayor de diez y ocho años, porque entonces ya tiene por la ley la administración de sus propios bienes

y de la sociedad conyugal; pero cuando es menor de dicha edad, y la ley, en razón de esto mismo, le concede la facultad de administrar, contando con el consentimiento de los padres ó un tutor, ¿no parecía lógico haber seguido la misma gradación, estatuyendo para estos actos, más peligrosos y de más transcendentales consecuencias, como el afectar ó vender bienes raíces, la autorización judicial? Tal es nuestro parecer. Esto no obstante, el principio legal es muy distinto, y en su lugar (art. 59) quedó explanado. Allí también pueden consultarse los diversos aspectos del estado de derecho que estudiamos, según se trate de bienes dotales ó parafernales, y la mujer ó el varón sean menores ó mayores de edad.

3.° En concordancia con el plan trazado en los comienzos de este artículo, debemos ocuparnos del caso en que las nupcias se disuelven por causa de nulidad. Dos menores contraen matrimonio sin impedimento conocido, y en su virtud, quedan de derecho emancipados, según disponen los artículos 314 y 315 del Código. Descúbrese á poco una causa de nulidad, y previo el correspondiente juicio, declárase la disolución del vínculo, quedando los cónyuges en libertad de contraer un nuevo matrimonio, toda vez que la disolución por la nulidad produce los mismos efectos que la disolución por la muerte.

¿Se entenderá, por virtud de este hecho, que la emancipación se destruye y vuelven los menores al poder paterno, materno ó bajo la guarda de un tutor? Un comentarista de nuestro Derecho vigente ha tratado ya este caso con sumo acierto, y á su dictamen nos plegamos. Otros autores han dicho que, declarado nulo el matrimonio, tienen que anularse los efectos por el mero hecho de destruirse la causa. Pero esto fácilmente se comprende que es argumento sin fuerza.

El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles que persisten según el art. 69. La circunstancia desconocida al tiempo de contraerse el vínculo, y que con posterioridad se descubre, es otra causa distinta que no tiene analogía con la anterior.

Y no es que desaparezca la causa primera: es que se produce otra nueva, cuyos efectos claramente los manifiesta el Código civil en el mero hecho de decir que el matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, surte efectos civiles.

No podía ser de otra suerte, y lo comprueba las consideraciones siguientes. Si en vez de producirse una causa de nulidad, viniera la muerte á disolver el lazo conyugal, no por esto se destruirá la emancipación volviendo el cónyuge viudo á la patria potestad, sino que continuará independiente, administrando sus propios bienes y ejerciendo su poder sobre los hijos. Análogo es el caso, porque la muerte y la nulidad producen el mismo efecto, es á saber: la disolución, y si por lo que atañe á la primera persiste la emancipación, no hay fundamento serio que oponer respecto de la segunda para que no subsista.

El Derecho, como toda ciencia, deriva sus reglas de principios sólidos é inquebrantables. El accidente no puede alterar la sustancia, y, sin embargo, daríase esta anomalía si admitiéramos que la nulidad declarada de un matrimonio contraído de buena fe destruyese la emancipación. Si hubieran nacido hijos de dicho matrimonio, ¿no es absurdo pensar que la patria potestad desapareciese y fueran los menores á recaer en la tutela del abuelo, que la recibiría en el hecho de disolverse la emancipación y volver el emancipado al poder paterno? Esto significaría algo así como un retroceso á la familia romana con su *pater-familias* y los *alieni juris*, hijo, mujer, nietos sometidos á la *potestas* del primero. Claro es que en el matrimonio, y por cuanto atañe á su disolución, el nacimiento de hijos es un accidente, y así lo demuestra el que, con ellos ó sin ellos, aquél se disuelve cuando la causa ignorada sale al descubierto. Idéntica afirmación es procedente hacer con respecto á la emancipación. Haya hijos ó no los haya, la emancipación continúa.

La duda, donde verdaderamente radica es en el supuesto de que se declare la nulidad y se pruebe la mala fe de los cónyuges. Entonces el Código preceptúa en su art. 69 que el matrimonio únicamente surtirá efectos civiles respecto de los hijos, y además, dispone en el tercer párrafo del 70, en relación con el segundo número del 73, que á los hijos se les proveerá de tutor, con lo que claramente indica que los cónyuges no tienen la potestad. Esta nulidad que no deja rastro de matrimonio, que corta bruscamente la vida conyugal, corriendo un velo sobre lo pasado y dejando libres é independientes á los cónyuges, roto y maltrecho el lazo indisoluble, ¿destruirá la emancipación, que es, como antes hemos dicho, una secuela del mismo?

Si la emancipación tuviera como carácter la irrevocabilidad, no habría dificultad ninguna, pero la vacilación apunta desde el momento que retraemos la significación del art. 319 á la denominada emancipación voluntaria, es decir, á aquella que se concede, no á la que se produce por un acto que consigo lleva por imperativo de la ley la salida del poder paterno. La sana razón no indica más que un camino. Si se considera que no ha existido el matrimonio, tampoco ha podido existir la emancipación, y al borrarse todos los efectos civiles por lo que concierne á las personas de los contrayentes en esa masa general de derechos que se derrumban porque les falta el cimiento, como se precipita en la ruina el arco cuando se destruye la piedra clave que le sustentaba, debe ir comprendida la emancipación. Aun cuando el Código, en lugar de restringir la irrevocabilidad al caso de la emancipación voluntaria, hubiera dicho «la emancipación es por su naturaleza irrevocable», aun entonces habría sus más y sus menos, porque el vicio de que tratamos afecta á la entraña de la institución y lleva consigo la muerte de la misma.

II. *Por la mayor edad.*—La ley de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870, en su art. 64, se aventuró á dar este paso que reclamaban ya de consuno el espíritu de la más estricta justicia y las necesidades y progresos de la época.

Antes de dicha ley el hijo estaba sometido al poder paterno, ínterin el matrimonio viniera á emanciparle ó alcanzara el mismo beneficio por virtud de una de aquellas dignidades que llevaban anexa jurisdicción, según proclamó una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1866, considerando que las doce categorías enumeradas por las leyes 7.ª á 14, tít. XVIII de la Partida 4.ª, desaparecieron con la Monarquía de los tiempos medioevales.

No es este lugar adecuado para entrar en consideraciones respecto de la mayor edad, puesto que comprendido en este título hay un capítulo exclusivamente consagrado á la misma. Allí trataremos de sus efectos, y nos extenderemos en particularizaciones. Ahora, compétenos exclusivamente poner de relieve una vez más el torcido é impropio uso de la voz emancipación con respecto á la mayor edad. Es concepto corriente el de que la emancipación es uno de los modos por los cuales se extingue la patria potestad, y tan es así, que basta recordar la ley de Parti-

das allí donde dice: «la quarta es cuando el padre sacare su fijo de su poder á plazer dél, á que dicen en latín *emancipatio*.» Nuestro Código viene también á confirmar la misma doctrina en su artículo 167, al establecer que la patria potestad concluye por la emancipación.

Para obtener el genuíno espíritu de la emancipación hay que limitar sus alcances á la extinción de la potestad por voluntad del que la ejerce. Contraríase, por tanto, su concepto estableciendo que la emancipación se produce por el matrimonio y la mayor edad, estados de derecho interpolados, que no solamente producen el efecto de destruir la patria potestad, sino que repercuten en la tutela cuando aquélla no existe. Así, pues, la emancipación de que habla nuestro Código no es sólo uno de los modos por los cuales la patria potestad se acaba, sino que en ciertos casos es uno de los modos por los cuales concluye ó se restringe la tutela. Vamos á demostrarlo. Un menor huérfano de padres, y consiguientemente en tutela, llega á la mayor edad. Según el artículo que comentamos, la emancipación tiene lugar por dicha circunstancia. Hay que deducir forzosamente que la *emancipación*, en tesis general, es causa de conclusión de la tutela. ¿Lo admite así el art. 278 del Código? No. He aquí, pues, el primer resultado de llamar emancipación á lo que no lo es. Las doctrinas del derecho se encadenan tanto, por lo menos, como los teoremas y corolarios de las ciencias matemáticas. Así es que en el momento que se quebranta un principio, toda la obra se deslustra, y el legislador, sumido en oscuridades, camina á tientas, dejando mal concluído el trabajo de revoque que tiene que ejecutar; otro caso: un menor, huérfano de padres, contrae matrimonio: ¿concluye la tutela plena? Desde luego; en su lugar nace una tutela, limitada á prestar el consentimiento en ciertos casos. ¿Admite el art. 278 que el matrimonio reduzca la tutela? No. He aquí otro defecto, generado por el error de llamar emancipación á lo que no lo es.

Según el Código, emancipación es en ocasiones un contrato, puesto que pende de las voluntades del padre y del hijo, acordes en orden á un fin: la extinción de la patria potestad, y por una causa: la utilidad del hijo ó de ambos, emancipante y emancipado. En otros casos, emancipación es un estado de capacidad absoluto, que abre las puertas de la vida civil de par en par, que

concluye la patria potestad cuando los padres viven, ó la tutela si aquéllos fallecieron; estado que no deriva de la voluntad, sino de un precepto de derecho necesario.

Todavía la emancipación es un estado de *demi capacité*, como expresa Marcadé, que extingue la potestad paterna, y cuando ésta no existe, cercena la amplia esfera de la tutela, creando un algo de derecho parecido á la antigua curatela. Y á toda esta mal formada mezcla de situaciones jurídicas contrarias, se las funde en una misma retorta y se obtiene una amalgama que se denomina emancipación, donde se reúnen elementos distintos por su naturaleza, en uno de contrato, en otros de derecho necesario; por sus efectos, en uno reducido á producir la extinción de la patria potestad, en otros á este mismo efecto, y en ciertas circunstancias á ser causa de finalización de la tutela ó de restricción de la misma. El único lazo común es el de motivar la pérdida del poder paterno, y para esto ya hemos visto que puede muy bien generarse la emancipación que el Código establece sin esta consecuencia.

¿Es esto á lo que había derecho á esperar después de preñez tan larga y laboriosa, y después de tantos susurros, que parecían anuncios sonrientes de claridad y hermosura en las leyes nuevas?

¿Dónde están aquí el método y la unidad científicas?

III. *Por concesión del padre ó madre que ejerza la patria potestad.* Esta es, según los precedentes romano y patrio, la única que ostenta con perfecto derecho el calificativo de emancipación, porque el hijo conquista la capacidad, y la patria potestad se disuelve por un acto libre y no por un mandato de la ley.

La naturaleza de esta clase de emancipación es la misma que la de la establecida por la ley 15 del tít. XVIII de la Partida 4.ª: no se han alterado sus caracteres en lo más mínimo. En cambio, no puede sostenerse lo mismo en cuanto atañe á los efectos, porque, según la legislación alfonsina, el padre que sacaba á su hijo de su poder podía retener para sí la mitad del usufructo de los bienes adventicios, habiéndola por galardón. La legislación novísima que estudiamos ha desterrado esta reserva que el padre tenía derecho á hacer, y la prueba más concluyente la suministra el art. 160 al establecer que los bienes que el hijo *no emancipado* haya adquirido ó adquiera con su trabajo ó industria (antiguo peculio adventicio) ó por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad y en usufructo al padre.

Tocante á la extensión del derecho de emancipación, también ha introducido alteraciones el Código civil, ó mejor dicho, ha seguido la ruta ya trazada por una ley famosa, nacida al calor de los entusiasmos de la idea en época de mudanzas y derrumbamientos.

Sólo el padre gozaba antes de la ley de Matrimonio civil de la patria potestad. Después de dicha ley, la madre alcanzó igual poder. Por esto, siendo la emancipación una renuncia ó abdicación del poder paterno en provecho de los hijos, deben gozar de la facultad de concederla aquellos que por el hecho de disfrutar la potestad pueden renunciarla, ciñéndose á las prescripciones de la ley. Esta es la razón por cuya virtud el Código admite que el padre ó madre que ejerza la patria potestad puede emancipar á sus hijos mayores de diez y ocho años.

Respecto del procedimiento, ya hicimos indicaciones en el preámbulo del título actual de los diversos medios que se han seguido, desde las ventas ficticias del rito de la *emancipatio* en Roma hasta la complicación de trámites y prolijidad de requisitos de la ley de 1838.

Ha vuelto nuestro Código por la decantada sencillez de las formas estatuídas por Justiniano y el Emperador León, y así establece que la emancipación se otorgará por comparecencia ante el Juez ó por escritura pública.

Como ya dejamos enunciado, esta brevedad encantadora de los procedimientos para obtener la emancipación, trae su razón de la edad que hoy se requiere en el hijo para ser emancipado. Explícase que cuando las Partidas regían y toleraban la emancipación del impúber se rodeara, para evitar el abuso introducido, de mayores dificultades, que por el mero hecho de vencerlas, constituían una eficacísima garantía. Desaparecidas estas circunstancias, tenía que desaparecer la complexidad de la ley, y hoy día es suficiente que la manifestación del padre y el consentimiento del hijo, ambos en orden á la emancipación, consten de un modo solemne y auténtico.

Dejando á un lado estas consideraciones que nos sirven de antecedente y explican el precepto que vamos á comentar, desenvolvamos éste, no con toda la laxitud de que es susceptible, sino con aquella que nos tolera nuestra obra.

Siendo el derecho de emancipar un atributo de la patria po-

testad, síguese de aquí que todos aquellos que la disfrutan participan del expresado derecho. Expuesto este principio irrecusable, no cabe duda que tanto el padre natural como el adoptante pueden emancipar á su hijo. Las razones de derecho positivo son obvias. El art. 154 del Código expresa en su segundo párrafo que los *hijos naturales* reconocidos y *los adoptivos* están bajo la potestad del padre ó madre que los reconoce ó adopta, y tienen la misma obligación de guardar obediencia que los hijos legítimos no emancipados. Derívase ya implícitamente, á tenor del art. 314, el derecho que los padres naturales ó adoptantes tienen de emancipar á sus hijos reconocidos ó adoptivos.

Las reglas que, previo el estudio de estos artículos, pueden establecerse son las siguientes: 1.ª, si el padre y la madre reconocieron á su hijo natural conjuntamente, es decir, por el mismo documento, v. gr., el acta de nacimiento ó escritura pública, ya que la otra forma solemne de reconocer, ó sea el testamento, es antagónica de la conjuntividad, por cuanto el Código prohibe los mancomunados; en estos casos, el padre será el que ejerza la potestad y le corresponderá el derecho de emancipar á su hijo natural; al fallecimiento del padre, la facultad expresada recaerá en la madre; 2.ª, si fuere solo el padre ó madre el que reconociere, como le está prohibido expresar el nombre de la persona con quien hubiere tenido el hijo, síguese que para la ley no existe más que uno de los dos, á quien confiere la potestad; éste, pues, será el que tenga capacidad para emancipar á su hijo reconocido; 3.ª, si un matrimonio (ambos cónyuges mayores de cuarenta y cinco años y sin hijos) adoptare conjuntamente á un menor, se seguirá la misma regla expuesta bajo el número primero, es decir, el padre adoptante ejercerá la potestad, viniendo á recaer este derecho á su fallecimiento en la madre; aquel de los cónyuges que ejerza la potestad sobre el adoptado podrá emanciparle; 4.ª, si la adopción se hubiere verificado por el marido ó por la mujer individualmente, el adoptante disfrutará del derecho de sacar de su potestad al adoptado.

Estas son las reglas que se derivan del núm. 3.º del art. 314. Ahora bien: en cuanto á los efectos que la emancipación otorgada por un padre natural ó adoptante produce, claramente se observa que son los mismos que la del hijo legítimo, condicionados por la limitación de derechos que impone el art. 166 del Código civil.

Analizando los términos del párrafo que estudiamos, y que dice así: «La emancipación tiene lugar por concesión del padre ó madre *que ejerza la patria potestad,*» nótase que el derecho presenta muchos casos en los cuales la madre es llamada al ejercicio de la potestad en vida del padre. Así, pues, no es solamente el caso de la muerte del marido el que genera la potestad de la mujer: la incapacidad de aquél, la presunción de la muerte nacida de la ausencia, la privación de la capacidad para la vida civil que va anexa á la interdicción, el divorcio declarado si el varón fuese el culpable, la privación de la potestad paterna por virtud de declaración de los Tribunales, fundada en los malos tratos ó intentos deshonestos ó ejemplos corruptores, todos estos casos despojan al padre de su augusto derecho, ora por no saber ejercitarlo, ora por imposibilidad física ó moral, y lo depositan en la madre. En términos concretos, no puede decirse, perdónesenos la expresión, que ella ha ganado la patria potestad, puesto que recobrando el incapaz la luz de la razón, ó el interdicto su capacidad por el indulto, apareciendo el ausente ó reconciliándose los esposos, la hegemonía marital vuelve á lucir con todo su esplendor y cortejo de derechos; pero si la madre no tiene el dominio, tiene por lo menos la posesión. Ahora bien: examinado el párrafo tercero del art. 314 con la ayuda de la interpretación, hay que concluir en que con estas palabras, «el padre ó madre que *ejerza* la patria potestad,» ha previsto y abarcado el Código todos aquellos casos en que el padre no la puede ejercitar.

Vamos por partes:

a) *Nulidad del matrimonio.*—Puede suceder que la buena fe esté de parte de ambos cónyuges, ó sólo de parte de uno. En el primer caso, dispone el art. 70 que los hijos mayores de tres años estarán al cuidado del padre y las hijas al de la madre, surtiendo el matrimonio contraído efectos civiles á pesar de su nulidad, según preceptúa el art. 69. Si surte efectos civiles, la primera deducción es la de que el padre tiene sobre los hijos el derecho de patria potestad, con su obligada consecuencia de efectos que toman la razón de su existencia de aquélla. La duda que sugiere inmediatamente y que en modo alguno queremos esquivar, es la de si, habiendo existido la buena fe por parte de los dos contrayentes, una vez anulado el matrimonio y los hijos varones al cuidado del marido y las hijas al de la madre, cada uno ejercerá la

potestad sobre aquellos hijos puestos bajo su amparo y cuidado.

Aventurada es la opinión que vamos á exponer, como que no se cimenta en ningún texto expreso ni remoto; pero las opiniones siempre se cobijan bajo el techado de la buena fe. Opinamos que el padre ejercerá la potestad sobre todos sus hijos, varones y hembras, por la razón sencilla de que si el matrimonio contraído de buena fe surte efectos civiles aunque sea declarado nulo, el primer efecto civil derivado del primer efecto físico de la procreación es la paternidad, con el poder que consigo produce y lleva el venerado nombre de patria potestad.

Aplicando este principio, digamos que en el caso presente, es decir, cuando se haya declarado nulo el matrimonio, habiendo mediado buena fe por parte de los contrayentes, el único facultado para emancipar á los hijos mayores de diez y ocho años es el padre, cuyo derecho recaerá en la madre al fallecimiento de aquél.

Resuelto este primer caso, el segundo por sí solo se soluciona. Además, concurre en su ayuda el Código, que se muestra más esplícito y más correcto.

Si la buena fe hubiere estado de parte de uno solo de los cónyuges, dice el segundo párrafo del art. 70, entonces quedarán bajo el *poder* y cuidado del inocente los hijos de ambos sexos. El empleo de la voz *poder* solventa todas las dudas. ¿Qué quiere decir poder en este caso sino potestad? Así, pues, el cónyuge inocente estará capacitado para emancipar á los hijos que estén bajo su cuidado y poder.

b) Declaración de divorcio.—Las causas que originan la separación de los cónyuges son tan graves, que la ley, con bonísimo acuerdo, separa del poder del culpable los hijos, parando mientes en que la retención de seres delicados y cuya inteligencia, por su misma sencillez, está pronta á recoger torcidas enseñanzas, adaptándolas á su conducta como reglas de obrar, en manos del causante del divorcio se opone á las reglas más elementales del derecho. En esta sabia y bienhechora doctrina se ha inspirado el artículo 73 estatuyendo que la sentencia del divorcio producirá, entre otros efectos, el de colocar los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Esta potestad ha de entenderse con los derechos que le son anejos, puesto que el mismo art. 73 así lo da á entender cuando prescribe que á la muerte del cónyuge

inocente volverá el culpable á recobrar la patria potestad y *sus derechos*. Ahora bien: no se recobra sino aquello que se ha perdido.

Retrayéndonos al punto discutido, no puede caber ni asomo de duda respecto del perfectísimo derecho que la madre divorciada por culpa del marido tiene para emancipar á sus hijos. Baste recordar que en esta situación legal ejerce la patria potestad por declaración firme de los Tribunales, y goza de los derechos que aquélla lleva consigo, entre los cuales está el de emancipar.

Y así opinamos, no sólo respecto de aquellos casos de divorcio que reconocen por fundamento el conato ó connivencia del marido para corromper á los hijos ó prostituir á las hijas, en los cuales ni la reconciliación ni la muerte del cónyuge inocente reconstruyen la patria potestad, sino en aquellos otros en que la concordia y armonía de los esposos es suficiente para reponer las cosas en el ser y estado que tenían antes de la sentencia, porque basta que la madre ejerza la potestad para que inherente á ésta vaya la facultad de emancipar.

c) *Locura, prodigalidad ó interdicción del marido.*— Es un rasgo característico de la demencia ó la locura en orden á los efectos civiles el de no producir, como la interdicción, la ausencia y el divorcio, la separación de los bienes á instancia del cónyuge inocente ó presente. El matrimonio no sufre el más pequeño menoscabo en su constitución. Pero esto no obstante, si el marido se incapacita, la sana razón dice que no podrá ejercitar la patria potestad. El Código, que en otras ocasiones ha pecado por exceso, en esta ocasión incurre en defecto al no expresar que la madre ejercerá el poder paterno sobre los hijos habidos en el matrimonio, cuyo poder lo recobrará el marido si se disipan las nieblas que envuelven su razón, convirtiéndole hacia la capacidad. Este principio hay que deducirlo del art. 170 del Código, y además, de la analogía de situaciones entre este caso de demencia y el de interdicción civil previsto en el art. 229, donde se reconoce á la mujer del penado el derecho de patria potestad sobre sus hijos mientras el padre no extinga la condena. En último término, si la analogía expresada no fuera suficiente, recurriremos al art. 6.º del Código, y mediante los principios del derecho natural y la regla irrecusable de que el loco es incapaz para todos los actos de la vida civil que requieren la sanidad de espíritu

permanente, concluiremos sosteniendo que el loco no tiene la potestad y que la persona llamada á desempeñarla con perfecto derecho es la consorte. Ahora bien: ejerciendo la patria potestad, la regla del art. 314 avasalla; tendrá poder para emancipar á su hijo.

Cuando el padre sea declarado pródigo, la cuestión varía radicalmente, porque la prodigalidad dice relación á los bienes á cuya esfera se limita la restricción. Por esto el art. 224 expresa que la declaración de prodigalidad no priva al pródigo de la autoridad marital y paterna. Hay que reconocer que sigue ejerciendo la patria potestad, y como el art. 314 concede el derecho de emancipar al padre ó madre que la ejerza, dedúcese de lo expuesto que en cuanto atañe á la facultad de emancipar no sufre ningún menoscabo, porque las restricciones de la capacidad que lleva consigo la declaración de pródigo afectan á los bienes exclusivamente.

La interdicción civil del marido confiere á la mujer la potestad de sus hijos mientras aquél no extinga la condena. No hay que decir que implícitamente se deriva el derecho de aquélla de emancipar á sus hijos mayores de diez y ocho años.

d) *Malos tratamientos, intentos y ejemplos corruptores.* — Otros casos hay en los cuales la patria potestad la pierde el marido y recae por derecho propio en la mujer. Consígnalos el art. 169 y el 171. Así, v. gr., cuando por sentencia firme en causa criminal se impusiese como pena la privación de dicha potestad, ó cuando los Tribunales privasen ó suspendiesen el ejercicio de ésta, si el padre tratase á sus hijos con excesiva dureza ó si les diere órdenes, consejos ó ejemplos corruptores.

Las autoridades judiciales pueden decretar la privación ó la suspensión, según la mayor ó menor gravedad de la culpa y su reiteración ó reincidencia.

Pudiera ser materia de controversia si la suspensión por corto tiempo habría de surtir todos los efectos civiles al pasar á la madre el derecho suspendido, y por lo que pueda valer nuestra opinión, diremos que nos pronunciamos por la afirmativa. Los hijos no pueden quedar un instante abandonados, máxime cuando no les falta en absoluto esa tutela natural, ese deber de protección y amparo que se encuentra en la sublime religión de la paternidad. Si la potestad es suspendida en el marido por causa de

un torcido ejercicio, la madre la recogerá incólume, porque es cualidad íntima del poder paterno la indivisibilidad. Allí donde vaya, allí le seguirá esa augusta estela de derechos y preeminencias. Así, pues, en nuestro sentir, basta la suspensión del poder paterno para que la mujer entre á ejercerlo, adquiriendo *incontinenti* la facultad de emancipar.

e) *Ausencia*.—Concluiremos la glosa del núm. 3.º del art. 314 tratando brevemente de este particular. Ya dijimos en su sazón oportuna que en la ausencia se distingue una gradación que comprende tres momentos: la presunción de ausencia, su declaración y la presunción de muerte.

Estamos conformes con la docta opinión del comentador francés Marcadé en que la presunción de ausencia no puede ocasionar ni la suspensión ni la pérdida del poder paterno, porque la brevedad del tiempo no arguye presunción de ninguna clase. Mas, ahora bien, cuando toma cuerpo la creencia racional de un acontecimiento inesperado, y la ley sanciona ese presentimiento proveyendo á los cuidados que requieren las personas y los bienes, por virtud de la declaración de ausencia, entonces varía el aspecto de las cosas, la mera sospecha toma tintes más acentuados, las primeras medidas revestidas de un carácter provisional se truecan en ese conjunto de cuidados y atenciones encaminadas á que los bienes rindan aquello que es conforme con su naturaleza. Sobre todo, hay una declaración judicial de ausencia, á contar de cuyo momento comienzan á esbozarse esperanzas de derechos que acaso lleguen á convertirse en realidades. Los efectos de la declaración de ausencia trascienden á todos los órdenes, al personal, y á colación traemos el art. 170, cuyo texto es como sigue: «La patria potestad se suspende por incapacidad *ó ausencia* del padre, declarada judicialmente;» al orden de los bienes, como lo demuestran los artículos 187, 193, 194 y 1.433.

Si la declaración de ausencia suspende la patria potestad, en puridad de derecho hay que concluir en que cuando el ausente sea el padre, la madre vendrá á ejercer aquélla, ganando consiguientemente el derecho de emancipar á sus hijos.

Resumiendo lo que dejamos consignado en una regla explícita y breve, resulta que la madre disfruta de la facultad de emancipar: 1.º, cuando fallece el padre; 2.º, cuando es condenado por sentencia firme de divorcio; 3.º, cuando es declarado judicial-

mente incapaz, 4.°, cuando se le imponga en causa criminal la pena de cadena perpetua ó temporal que lleva consigo la interdicción civil; 5.°, cuando los Tribunales le priven del poder paterno en juicio penal ó por los malos tratos, consejos, ejemplos y órdenes corruptores que diese á sus hijos; 6.°, cuando fuese declarado judicialmente ausente.

IV. *La profesión religiosa.*—Aunque las leyes de Partida en concreto nada dijeron concerniente á que el menor que profesase quedaba exento del poder paterno, vino á consentirse como doctrina irrefutable en atención á los preceptos de las leyes 2.ª del título VII, que trata de los religiosos, Part. 1.ª; ley 10, tít. II, Partida 3.ª; ley 14, tít. XVI, Part. 6.ª; ley 2.ª, tít. XII, Part. 5.ª, por cuyas leyes se les considera como muertos para los actos civiles, se les prohibe estar en juicio sin mandado del mayoral, se les incapacita para ser tutores, fiadores, etc. Pero todavía más que las anteriores leyes, una sencilla consideración vino á sellar la expuesta doctrina. La ley 2.ª del tít. VII, Part. 1.ª, en congruencia con los Cánones, dice «Profession laman el prometimiento que faze el que entra en orden de religion, quier sea varon, ó muger, é el que esto fiziere ha de prometer tres cosas. La primera, non auer propio; la segunda, guardar castidad; la tercera, de ser obediente al que fuesse mayoral de aquel monesterio do biuiere. E assi son allegadas estas cosas al que toma la orden que el Papa non puede dispensar con el que las non guarde.»

Si al pisar los umbrales del monasterio, abdica el novicio de su propia voluntad, abdicación que ratifica en el acto de la profesión, prometiendo ciega obediencia, evidente es de todo punto que *de facto* nace en aquel instante la imposibilidad de cumplir con el precepto de la obediencia á su padre. La voluntad no puede dividirse en las órdenes religiosas de suerte que parte se consagre al cariño mundano y parte al divino, parte á la obediencia paterna, parte á la del prior ó superior, y siendo más excelsos los fines de la religión, hacia ellos han de encaminarse todos los impulsos de la voluntad. Por estas razones todos los expositores del derecho civil castellano venían sancionando en sus libros el principio de que la profesión religiosa extingue la patria potestad.

El Código civil enumera las causas de emancipación, y entre ellas no incluye la profesión religiosa. Pero á pesar de su silen-

cio, opinamos, de conformidad con lo enunciado en el comentario del art. 167 *(véase tomo III)*, que la entrada del hijo en religión produce, más que por imposición de derecho por razón de imposibilidad, una suspensión de la patria potestad, nacida del consentimiento del padre.

Es claro de todo punto que las comunidades proveerán al caso, dada su encomiada previsión, solicitando del padre que emancipe en forma á su hijo ó hija al objeto de que éste pueda, con arreglo á la ley civil, disponer de su persona como si fuese mayor, máxime cuando las rúbricas legales de la emancipación son tan breves, que puede hacerse en el mismo acto de consentir y por la misma escritura; mas si el padre que no hubiese otorgado la emancipación reclamase la exclaustración del hijo por justas causas que no es del caso expresar, ¡tantas pueden ser! en virtud del derecho de patria potestad, ¿qué hacer? Un distinguido comentarista dice en su libro que no sabe lo que harían los Tribunales de justicia. En verdad que se verían perplejos; pero, en nuestro sentir, su misión habría de reducirse á prestar su apoyo, y la fuerza de que disponen al padre, para que éste hiciere uso de sus derechos. Si los legisladores hubiesen querido que la profesión religiosa del hijo, por cuanto el padre ó madre deben consentir en ella, produjese por sí sola la emancipación, como la produce el matrimonio, lo habrían expresado categóricamente. No lo han dicho, prueba es de que no quieren. El olvido en las leyes no arguye presunción contraria.

Para concluir este comentario, vamos á tratar de la situación transitoria creada por el advenimiento del nuevo Código y el paso de la antigua á la moderna legislación.

En las reglas transitorias han sido previstas y resueltas las dificultades que hubieran podido surgir. La principal es la que nace del respeto á los derechos adquiridos, cuestión batallona que se presenta siempre que se promulgan nuevas leyes.

El primer derecho que los padres tenían antes era el del usufructo y la administración de los bienes del hijo, que constituían el peculio adventicio, hasta los veinticinco años, mayor edad, por cuya virtud quedaban emancipados.

Hoy la emancipación por la mayor edad tiene lugar á los veintitrés años. La regla aclaratoria quinta, inspirándose en que la no retroactividad no debe prevalecer en lo favorable, supone

que quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar á regir el Código.

Ahora bien: si continuasen viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad según la legislación anterior.

Principio muy justo que responde á que el usufructo y la administración son, no sólo una graciosa concesión que se otorga al padre en recompensa de sus afanes y solicitudes, s no una especie de reconocimiento del poder. Si los hijos tácitamente asienten á seguir bajo la dependencia paterna, ya que no bajo la potestad, por el mero hecho de continuar viviendo en la casa de los padres y á sus expensas, justo es que, en premio de esto y habida consideración á los derechos que hubiese tenido de no promulgarse el Código, se le conceda esa compensación del usufructo.

La medida adolece de cierto eclecticismo que le comunica el carácter de componenda, pero á veces se imponen estos armisticios entre disposiciones antagónicas. Este caso es uno de ellos.

Otro derecho de que el padre que otorgaba la emancipación voluntaria venía disfrutando por la antigua legislación, era el que por galardón le concedía la ley 15, tít. XVIII, Par. 4.ª, de retener la mitad del usufructo de los bienes adventicios del hijo emancipado.

La disposición aclaratoria sexta prevé este caso, y lo resuelve disponiendo que el padre que voluntariamente hubiese emancipado á su hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad con arreglo á la legislación anterior.

Desde que la ley de Matrimonio civil concedió á la madre la patria potestad en defecto del padre, ha venido siendo opinión no discutida la de que podía emancipar, y en su consecuencia, reservarse la mitad del usufructo de que las Partidas trataron.

Si algún caso se hubiese dado, entendemos que la disposición aclaratoria sexta, á pesar de referirse exclusivamente al padre, no podrá menos de aplicarse á la madre.

Respecto del procedimiento para la emancipación, las dispo-

siciones transitorias prescriben que los expedientes de emancipación voluntaria pendientes ante el Gobierno ó los Tribunales, seguirán su curso con arreglo á la legislación anterior, á menos que los padres ó solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido en el Código.

ART. 316. La emancipación de que trata el párrafo tercero del art. 314 se otorgará por escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal, que habrá de anotarse en el registro civil, no produciendo entretanto efecto contra terceros.

Concordancias.—Análogo al art. 274 del proyecto de Código de 1851 y al 283 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse las leyes de Partida insertas en los *Precedentes* del art. 314, *Leyes* 15 *y* 17, *tít. XVIII*, *Part.* 4.ª

Novísima Recopilación, *libro diez*, *tít. V*, *ley* 4.ª—De las emancipaciones que los padres hacen se sigue notorio perjuicio, pues siéndoles permitido executarlas ante qualquier Juez ordinario, éstos, sin examinar las causas, ni reparar en los daños y malas conseqüencias que de tales actos se siguen á la utilidad y bien público del Estado, pasan libremente á executarlas: y una vez hechas, comunmente los padres les hacen donacion de todos, ó la mayor parte de sus bienes, de que resulta que, por la mala educacion, muchos de ellos no suelen despues cuidar del socorro de los padres, y totalmente se niegan á los hermanos, habiendo sido estos defraudados así en la emancipacion como en la donacion: y atenta la notoriedad del daño que se sigue de las expresadas emancipaciones, me consultó el Consejo, en vista de lo que habia pedido el Fiscal, fuese servido mandar á las Justicias ordinarias, no declaren ni puedan declarar estas emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ellas, con expresion de que, sin esta primera circunstancia, se darán desde luego por nulas quantas

hizieren; y conformándome con el parecer del Consejo, he venido en que se execute así.

Véase la ley de 14 de Abril de 1838 y la instrucción de 19 del mismo mes y año.

COMENTARIO.—Dos medios estatuye el Código para que la concesión del padre ó madre que emancipe produzca efectos civiles; dos formas solemnes y compendiadas: la escritura pública y la comparecencia ante el Juez municipal. El proyecto de 1851, militando en pro de la mayor sencillez, admitió como ornamento de la emancipación la escritura pública con la intervención del Alcalde del domicilio del emancipante. El Código vigente, convencido de la inutilidad de la presencia del Presidente del Municipio, ha suprimido esa solemnidad, creando otra nueva forma de emancipación, tan breve aunque no tan solemne como la anterior.

Bástale que la voluntad del emancipante y el consentimiento del que va á ser emancipado consten de una manera indubitada, con las garantías de que le inviste la intervención judicial ó la fe de Notario, para que la emancipación adquiera valor legal. Hemos dicho en otras ocasiones, por vía de incidencia, y es ahora la de consignarlo en su oportuno lugar, que esta reducción de las solemnidades no debe atribuirse á deliberado propósito de abreviar. No es más que la ineludible consecuencia de la nueva fase en que ha entrado la institución que nos ocupa.

Desde el momento que los autores del Código, calcando el artículo 318 en modelos extranjeros y en los proyectos de 1851 y 1882, fijaron la edad de los diez y ocho años cumplidos para la emancipación, todas las complicadas rúbricas de la ley de Enjuiciamiento, en armónica combinación con la ley de 14 de Abril de 1838, tuvieron forzosamente que desaparecer. La venia real primero, las diligencias judiciales de las informaciones para dispensa de ley después, la elevación á la Audiencia del expediente, el previo pago de los derechos del Arancel, el rescripto ó concesión real, el otorgamiento de escritura pública, todo este cúmulo empalagoso, todo este fárrago indigesto de diligencias encaminadas á precaver por la acción oficial las ligerezas de los padres, se ha derrumbado porque le ha faltado el punto de sustentación. Ésta era la disposición de las Partidas consintiendo la emancipación del impúber; una vez prohibida, inútil justificar la con-

veniencia de la emancipación, inútil la licencia real. La edad del hijo suple esas solemnidades, siquiera en muchos casos lo apocado del carácter ó la cortedad de inteligencia, velen al menor los horizontes de lo porvenir y consienta sin conocimiento de causa.

La mayoría de los Códigos extranjeros siguen igual criterio. Así, por ejemplo, el Código Napoleón en su art. 477 requiere tan sólo la declaración del padre ó de la madre, recibida por el Juez de paz asistido de su Secretario. ¿Qué es esto sino la comparecencia ante el Juez municipal de que trata nuestro Código en el artículo que nos sirve de tema en el actual comentario?

El Código italiano exige la manifestación ante el Pretor ó el acuerdo del consejo de familia. El Código portugués, en el artículo 308, previene la autorización judicial, que habrá de recaer á solicitud del padre ó madre que pretenda emancipar á su hijo.

Los Códigos americanos siguen la misma ruta. El mejicano, en el art. 691, dispone que el acto de emancipación se reducirá á escritura pública. El de Guatemala lleva las formas de la emancipación á la ley de trámites, y preceptúa que se hará ante el Juez de primera instancia del domicilio, conforme á las prescripciones del Código de procedimientos. Basta, á nuestro entender, con los enumerados para penetrarse, mediante el estudio comparativo, de cómo nuestro Código, al volver por las tradiciones legales patrias en punto á este particular, se ha ceñido inconscientemente al que pudiéramos llamar patrón universal de las solemnidades de la emancipación.

El art. 316 que estudiamos, al escribir la disyuntiva *O*, claramente da á entender que á los efectos legales es indiferente que la emancipación se verifique por escritura pública ó por comparecencia, quedando la elección al arbitrio de los padres. Ahora bien: á los ojos más profanos se descubre inmediatamente que la escritura pública, por su peculiar naturaleza, requiere mayores requisitos, que se traducen en garantías, que la simple comparecencia. Todo instrumento público tiene requisitos esenciales que afectan á su validez y requisitos que atañen á las solemnidades. La ausencia de los primeros ataca al fondo del instrumento. Entre éstos se halla el concerniente á la capacidad, de cuya existencia depende el consentimiento. La ley del Notariado obliga al

Notario á que en todo instrumento dé fe del conocimiento de los otorgantes, supliendo en otro caso esta rúbrica dos testigos de conocimiento. La instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro, previene en el art. 6.° que «los Notarios harán constar *en toda escritura* que los otorgantes tienen la capacidad legal necesaria para celebrar el *acto* ó *contrato* á que se refieran, cuya circunstancia se determinará á juicio propio del Notario, no bastando que éste la consigne en el instrumento apoyándose en el solo dicho de los otorgantes.» De aquí que en las escrituras públicas se expresa siempre esta fórmula necesaria: «*y teniendo á mi juicio capacidad suficiente para otorgar.*»

Es una consecuencia de esta facultad que pudiera llamarse calificadora, la de que el Notario puede, cuando según su propio juicio carezca uno de los otorgantes de capacidad, negarse al otorgamiento.

Todavía el conocimiento notarial, requisito indispensable de toda escritura, avalora más la emancipación otorgada por escritura pública, porque en medio de una sencillez encantadora, aleja el temor de que el emancipante sugestione al emancipado valiéndose de su ascendiente y le arranque el consentimiento. Estas reflexiones nos sugieren otras muy interesantes.

Como hemos visto, la emancipación puede otorgarse por comparecencia ante el Juez municipal. ¿Qué requisitos tiene la comparecencia? Digamos antes que esta voz tiene en el tecnicismo forense dos sentidos distintos. Tómase como el acto de presentarse en juicio ó como actuación, que en la esfera judicial desempeña análogo papel al del acta en la esfera extrajudicial. La ley de Enjuiciamiento civil determina la forma de las resoluciones judiciales, mas como la comparecencia no lo es, no la determina. Así, pues, sus requisitos se reducen á la expresión de la persona ó personas que comparecen, manifestaciones de los comparecientes al efecto de hacer constar un hecho, firma del Juez, de los concurrentes y autorización del Secretario. ¿Son estos los requisitos de la comparecencia ante el Juez municipal? Del Código no se deduce ninguno especial. Así, pues, á los generales habrá que atenerse. Nótese la diferencia entre una y otra forma de emancipación; la primera, solemne, amparada por los requisitos intrínsecos á toda escritura. La comparecencia redu-

cida á exponer una manifestación del padre ó madre emancipante y otra del hijo que va á ser emancipado. En la primera, el Notario calificando á su propio juicio de suficiente ó insuficiente la capacidad de los otorgantes; que después de todo, aunque la ley requiere esta solemnidad, cuando se trate de un instrumento sujeto á registro, no hay que olvidar que por la escritura de emancipación se crea un estado de derecho que afecta á las relaciones sociales y es de transcendencia en la contratación, debiendo anotarse en un Registro público como el civil; en la segunda, el Juez dando por buenos los hechos alegados y haciéndolos constar por diligencia.

¿Qué puede resultar de esta dualidad de formas, diversas por su naturaleza y por ende en sus requisitos? Un acto irregular sancionado por el Código, á saber: que un padre que intentare emancipar á su hijo, si el Notario, v. gr., juzgando según su propio juicio, se negase á otorgar la escritura por entender que el hijo carece de capacidad, puede abandonar esta vía y comparecer ante el Juzgado otorgando la emancipación.

Esta situación anormal tiene facilísimo remedio y es factible llenar la deficiencia en el futuro arreglo tan pregonado de la ley de Enjuiciamiento civil. Todos los Códigos, según puede verse en el ligero examen comparativo que en este comenterio hemos hecho, optan por uno de dos caminos: ó la autorización judicial ó el otorgamiento de escritura pública. Indudablemente que su razón de ser tiene esta unanimidad, rota por nuestro Código al admitir ambas formas. El resultado de no armonizarlas ya lo hemos visto.

Persistiendo en nuestra tendencia de conciliar las notas prácticas con las críticas en estos comentarios, vamos brevemente á presentar una nueva forma de emancipación, que, en nuestro sentir, debiera admitirse porque trae su raíz del derecho natural.

No es más que una derivación del principio de que la voluntad del que ejerce el poder paterno es la causa primera de la emancipación. Un caso práctico vendrá en nuestra ayuda. *A*, padre de *B*, en los postrimeros instantes de su vida otorga testamento, y vislumbrando en *B*, mayor de diez y ocho años, suficiente cordura y discreción para dirigirse por sí propio, expresa que le concede la emancipación porque es su voluntad que no entre en tutela plena, sino que disponga á su albedrío de sus bienes y

arriende y dé en préstamo los inmuebles, venda, permute, done, pignore, etc., los muebles ¿Debe ser válida la emancipación por testamento? Ante todo, séanos lícita una salvedad. Dentro del Derecho constituído, la emancipación por testamento no es válida, porque aun cuando el hijo concurriese al momento preciso en que el padre expresase su voluntad de emanciparlo y consintiere en ello, las solemnidades intrínsecas del testamento dicen relación á la disposición de los bienes y sólo á los actos expresamente autorizados por el Código para solemnizarlos en la misma escritura testamentaria, v. gr., el reconocimiento de un hijo natural (art. 131), el nombramiento de tutor (artículos 204 y 206). Tal es el derecho positivo; pero por esto mismo hemos preguntado: ¿debe ser válida?

Aquí entra ya el aspecto crítico de la cuestión.

En nuestro sentir, el testamento debe introducirse como una de las formas de la emancipación, acaso la más respetable.

Si el padre ó madre, al notar que se aproximan los últimos momentos, están poseídos de la capacidad del hijo, tienen conciencia de que se conducirá rectamente, administrando con prudencia y no dejándose seducir por el engaño vestido de oropel; si, por otra parte, no conocen persona en quien depositar toda su confianza nombrándole tutor de aquel girón del alma que dejan en la tierra, ¿por qué razón no consentir que expresen su deseo, sagrado por ser el último? ¿Por qué no respetarlo? Se dirá, y reconocemos que el argumento no deja de tener fuerza: es que revistiendo la emancipación los caracteres de un contrato, por cuanto deben concurrir la voluntad del emancipante y del emancipado, no queda perfecto por el testamento si solamente consta la voluntad del padre. Mas esto fácilmente se contesta. Desde luego hay que reconocer que se requieren las dos voluntades; pero obsérvese que la concesión del padre ó madre es la causa primordial de la emancipación, así como la donación principalmente deriva de la voluntad del donante. Es, pues, lícito separar la concesión paterna del consentimiento del hijo, porque al cabo se trata de un acto unilateral. Ahora bien: separados ambos actos, ¿qué peligro ni qué disonancia jurídica hay en que el hijo, con posterioridad al óbito del padre ó madre, manifieste solemnemente su consentimiento y quede emancipado? Hemos madurado detenidamente antes de lanzarla á la publicidad esta idea,

y confesamos que no vislumbramos antagonismo ninguno con otras leyes ni peligro de que pueda producirse. Si la emancipación reviste los distintivos del contrato, se trata de un contrato unilateral, y en nada afecta á su integridad y subsistencia que posteriormente se manifieste la aceptación, ó lo que es lo mismo, el consentimiento. ¿Cuál es el pensamiento del legislador? Que la voluntad del padre concediendo y la del hijo aceptando consten de un modo auténtico. Y ¿por ventura no se logra esto con el testamento?

Si nuestra idea prosperase y tuviéramos la dicha de verla recogida en las sucesivas transformaciones que ha de ir experimentando al pasar por las diferentes edades de la vida, pubertad, adolescencia, virilidad y senectud, este infante enclenque y desmedrado, venido al mundo tras parto laborioso y bautizado con el nombre de Código civil, para recogerla íntegra fuera menester que á la manera como el reconocimiento del hijo natural no se anula cuando el testamento es revocado (art. 741), así no se destruyese la emancipación cuanto el testamento se anulare por vicio intrínseco á la institución de heredero.

Poco nos resta para dar cima al comentario: resolver una pregunta y hacer una referencia. Dice el art. 316 que la emancipación se hará ante el Juez municipal; ¿cuál será competente? La ley de Enjuiciamiento civil, como al tiempo de su promulgación no existía este medio de obtener la emancipación, no trató de la competencia; sí habló del Juez competente para las informaciones para dispensa de ley, procedimiento que á la sazón se seguía, y señaló al Juez del domicilio del que la solicitare. La regla nos parece aplicable, y traduciéndola en términos concretos, podemos afirmar que será Juez competente el del domicilio del padre que trate de emancipar.

La referencia es á la ley del Registro civil. Dispone el Código que de la comparecencia, ó mejor dicho, de su testimonio y de la escritura pública en que se otorgue la emancipación, se tome anotación en los libros del expresado Registro, no produciendo mientras tanto aquélla, efectos contra tercero.

La ley del Registro, en su art. 60, expresa que al margen de las partidas de nacimiento se anotarán sucintamente en uno de los dos libros ejemplares, que habrá de ser el que haya de archivarse en la misma oficina del Registro, los actos siguientes con-

cernientes á las personas á quienes aquéllas se refieren: 11. Las emancipaciones voluntarias ó forzosas.

El principio de que en tanto no se verifique la anotación no surtirá la emancipación efectos contra tercero es digno de alabanza, y nada tenemos que decir atendida su mucha claridad.

No debe olvidarse el art. 61 de la ley del Registro civil, cuyo texto literal es como sigue: «Cuando los actos mencionados en el artículo anterior constasen por documento otorgado ante Notario público, éste deberá ponerlo en conocimiento del Juez municipal en cuyo Registro se hallare inscrito el nacimiento del interesado, ó de la Dirección general en su caso, para que haga la correspondiente anotación marginal, remitiéndole al efecto testimonio en relación del documento otorgado.

»Si dichos actos constasen por ejecutoria, ó por decreto de la Administración superior del Estado, ó por inscripción hecha en el Registro civil, cumplirá la obligación impuesta en el párrafo anterior el Tribunal ó autoridad administrativa que hubiere formalizado dicha inscripción, debiéndose siempre acompañar al aviso la oportuna certificación ó testimonio á que la anotación se haya de referir.»

El Código civil repite el precepto de la anotación marginal en el art. 326, pero como en el art. 332 expresa que continuará rigiendo la ley de 17 de Junio de 1870, en cuanto no esté modificada por los artículos precedentes, y estos artículos en nada alteran, por lo mismo que no tratan de ella, la materia contenida en el art 61, hemos creído conveniente transcribirlo para completar la doctrina.

Tan transcendental es su precepto, que si el Juez descuidase, cumplirlo incurriría, á tenor del art. 1.101 del Código, en la responsabilidad de los daños y perjuicios que hubiesen sobrevenido y esto lo sostenemos categóricamente, tanto por la generalidad del precepto cuanto porque no hay fundamento que justifique la excepción de este caso. El silencio no arguye irresponsabilidad. Está muy terminante el art. 1.101.

ART. 317. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero

hasta que llegue á la mayor edad, no podrá el emancipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

Concordancias.—Análogo al art. 275 del proyecto de Código de 1851 y al 284 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida* 3.ª, *título XVIII, ley* 93.—Emancipar quier tanto dezir como sacar el fijo de poder de su padre, e la carta de tal emancipacion deue ser fecha en esta manera. «Sepan quantos esta carta vieren, como Diego Aparicio, estando delante Gonçalo Yuañez, alcalde de Toledo, tomó por la mano á Ferrand Dominguez su fijo, e dixo, e otorgó con plazer de su fijo que lo sacaua de su poder, *e le daua e le otorgaua libre poder para fazer pleytos, e posturas, e testamentos, e todas las otras cosas que puede fazer en juyzio e fuera de juyzio onne que non está en poder de su padre.*»

E otro si, quitose Domingo Aparicio el sobredicho del derecho que otorgan las leyes deste nuestro libro al padre para poder retener para sí por galardon en los bienes del fijo quando lo saca de su poder. E demas porque Ferrand Dominguez su fijo pueda mejor fazer su fazienda diole libremente, é sin ninguna condicion por juro de heredad por siempre jamás tal heredamiento que es en tal lugar, e ha tales linderos con todos sus derechos e con todas sus pertenencias assí como dize de suso en la carta de las donaciones. E todas estas cosas dichas, deue dezir en la fin de la carta que esta emancipacion, e el donadio sobredicho fue fecho con otorgamiento del alcalde de suso nombrado con plazer de ambas las partes.

COMENTARIO.—Si en la misma medida de nuestra voluntad se extendiera el comentario, habría de ocuparnos largamente, porque lo merece, la doctrina que contiene si ha de alcanzar todo el desarrollo de que es susceptible. Limitado el campo de operaciones en que nos agitamos, condensaremos todo lo posible.

¿Cur tam varie? Esta es la primera pregunta que se nos ocurre. ¿Por qué tanta diversidad? Si el proyecto de 1851 hubiérase tornado derecho vigente por un momento, no habría quedado sin ser ley ninguna de las teorías que en punto á emancipación riñen batalla.

Las antiguas leyes disponían que el hijo impúber emancipado quedaba bajo la tutela del padre emancipante. El proyecto de 1851 le otorgaba al menor emancipado los mismos derechos que al mayor de edad, sin más limitación que la concerniente al matrimonio, mas igualándole en todas las prerogativas civiles. Nuestro Código civil vigente le prohibe ciertos actos que conceptúa peligrosos. Hé aquí comprobado el aserto. Nuestra opinión se pronuncia favorablemente por la solución que aceptó el proyecto de 1851, que es la misma del Código portugués. Enemigos de los términos eclécticos, preferimos admitir el principio de que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, sin cortapisas de ningún género, sin levantar obstáculos y sancionar prohibiciones que complican y oscurecen la sencillez natural de la emancipación. Decimos aquí lo mismo que Goyena: «Disuena, cuando no envuelve contradicción, emancipar y sujetar á tantas restricciones y trabas como lo hace el Código francés, y los que le siguen: embarazos para el emancipado y todavía mayores para los que contraten con él: duda é instabilidad aun en las obligaciones no prohibidas, puesto que quedan expuestas á reducción si pareciesen excesivas.»

Esta complicación, de que trata el párrafo copiado con relación al Código francés, ha sufrido una marcada reducción en nuestro Código. Para persuadirse de ello basta examinar las distintas categorías de actos que, respecto del incapacitado, admite M. Demante: 1.ª, actos de pura administración que el menor puede ejcutar como si fuera mayor; 2.ª, actos que requieren la asistencia de un curador: 3.ª, actos que exigen para su validez determinadas formas y solemnidades; 4.ª, actos que le están prohibidos en absoluto: 5.ª, actos que, aunque no son de administración, puede el menor ejecutarlos por sí solo, salvo rescisión por simple lesión; 6.ª, actos de administración que pueden ser tachados de reducción. Marcadé y Paul Pont niegan la 5.ª categoría; pero sean cinco ó seis, refúndanse ó no se refundan, siem-

pre resulta una complicación abrumadora y un plantel de polémicas, donde han venido disputando Toullier, Duranton, Zachariæ, Delvincourt, Demante y tantos otros comentaristas y expositores del Código civil francés.

El Código vigente de nuestro país sienta una regla categórica; pero á seguida vienen las excepciones. La regla es la siguiente: «El emancipado por concesión del padre ó madre queda habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor.» Excepciones: hasta que llegue á la mayor edad no podrá: 1.°, tomar dinero á préstamo; 2.°, gravar sus bienes inmuebles; 3.°, venderlos; 4.°, comparecer en juicio si en todos estos actos su capacidad no la suple el consentimiento del padre, en su defecto la madre, y á falta de ambos un tutor.

Interpretado el artículo en el mismo sentido gramatical y jurídico de las voces empleadas, habría que admitir que el menor emancipado fuera de estas cuatro restricciones puede practicar todos los actos de la vida civil sin excepción alguna. Algún distinguido comentarista ha lanzado ya la idea de que si esa es la letra, muy otro es el espíritu, y que allí donde se lee *vender*, debe entenderse *enajenar* en toda la amplitud de concepto de esta voz, cimentando su interpretación en el art. 59 del Código, que prohibe al marido menor de edad *enajenar* bienes raíces sin el consentimiento del padre, en su defecto el de la madre, y á falta de ambos el de un tutor. Tomamos buena nota de la idea para su sazón oportuna en este mismo comentario.

La prohibición de tomar dinero á préstamo sin el debido consentimiento de las personas llamadas á prestarlo, que se remonta en su origen al Senado Consulto Macedoniano, es una defensa puesta contra la usura para evitar que clave sus avarientas garras en la fortuna del emancipado y la devore insaciable; es también un dique levantado para contener las inexperiencias del menor é impedir que, seducido por la ilusión de mentidas ganancias ó arrastrado por los delirios de una pasión, contraiga deudas que luego no pueda satisfacer, ó si las satisface sea á trueque de empobrecerse. Puestos en este terreno preventivo, la misma razón que autoriza unas medidas, sanciona otras. Así, verbigracia, ¿qué fundamento hay para prohibirle recibir dinero á préstamo y consentirle que lo preste? Se dirá que el menor ha de tantear bien la situación de las cosas antes de entregar una

cantidad metálica; pero esto no evita el peligro, porque en los préstamos el mal está en la garantía, y ¡á cuántos engaños no ha dado esto margen! Mas al cabo, la ley sólo prohibe recibir préstamos, desconfiando, no de la pericia del menor, sino de su conducta.

También prohibe el Código al menor emancipado que afecte sus bienes inmuebles con carga alguna. Consiguientemente no podrá entregarlos en enfiteusis, ni á censo reservativo, ni imponer censo consignativo sobre inmueble de su propiedad sin la autorización consiguiente. El censo no es más que un gravamen sobre los inmuebles, y si no estuviera taxativamente expresado por el Código dentro de la palabra *gravar*, habría que hacerlo extensivo en méritos á que el censo enfitéutico, y el reservativo, pueden considerarse como un contrato de venta á los efectos de la capacidad para celebrarlo. Tampoco podrá el menor emancipado, sin el debido consentimiento, hipotecar sus bienes raíces, por la misma razón enunciada de que tienen capacidad para hipotecar aquellos que la tienen para vender, y siendo para esto último limitada la del menor, es de todo punto indiscutible que la restricción alcance asimismo á la facultad de hipotecar. Sólo una duda pudiera ocurrir, y ésta, en cierto modo, la solventa una resolución de la Dirección general de los Registros, citada ya en el comentario del art. 262. Cuando el marido menor de edad constituya hipoteca sobre sus bienes raíces en seguridad de los bienes muebles que de su mujer recibiese en concepto de dote, ¿necesitará del consentimiento del padre, en su defecto del de la madre y á falta de ambos el del tutor? La expresada resolución de 3 de Mayo de 1878, publicada en la *Gaceta* del 10 de Julio, establece la siguiente doctrina: «No siendo necesaria ni exigiendo la ley Hipotecaria la autorización judicial para todos los actos relacionados con la aportación dotal por parte de la mujer menor de edad, tampoco debe exigirse para que el marido complete estos mismos actos legales, sobre todo si se tiene presente que este último viene obligado á constituir el de hipoteca, y que ningún perjuicio puede sufrir, aun en el caso de que constituyese en hipoteca bienes que excediesen en gran cantidad del valor de los dotales asegurados, porque, según la doctrina de dicha ley, sólo quedarían gravados en cuanto al verdadero importe del crédito total, pudiendo disponer de lo que

sobrase después de cubierta dicha responsabilidad. Por tanto, es inscribible la escritura de reconocimiento de dote inestimada é hipoteca de varias fincas en garantía de los bienes muebles comprendidos en el haber dotal otorgado por el marido menor de edad, asistido de su padre.»

La transcrita resolución, que con más detalles puede consultarse en el aludido comentario, fué dictada en un tiempo en que se exigía como formalidad insustituíble la autorización judicial. Sin embargo de este requisito, se prescindía cuando se trataba de un menor que hipotecaba sus bienes en garantía de los muebles que recibía en concepto de dote. A la autorización judicial ha sustituído el consentimiento de los padres, ó, en su defecto, el de un tutor. La ley Hipotecaria no se ha modificado; la jurisprudencia, ó por mejor decir, la respetable doctrina de las resoluciones de la Dirección general continúa subsistente. Qué mucho que sostengamos, según nuestro sentir, que, puesto que solamente ha habido un cambio de solemnidades con beneficio de la sencillez, el menor emancipado puede constituir hipoteca en garantía de los bienes muebles que de su mujer recibiese en concepto de dote.

Bien sabemos que se nos puede argüir diciendo que cuando el Código no admite excepciones de ninguna clase, en el art. 317, sus motivos tendrá; pero en todo caso, nadie negará que cuando se dictó dicha resolución también había un principio general, y sin embargo, prevaleció la excepción.

Como cuestión opinable, hacemos constar nuestro criterio, empero respetamos cualquier otro que disienta.

La restricción se contrae, como acabamos de ver, al gravamen de los inmuebles; pero ¿podrá el menor, ya que no gravar sus bienes raíces, prometer sin el oportuno consentimiento una hipoteca, v. gr., si en cierto tiempo no cumpliese una obligación?

En nuestro sentir, no, porque la promesa de hipoteca participa de la naturaleza de esta última, y puede trocarse en hipoteca si la obligación dejase de cumplirse, porque aquel á quien se prometió tendrá perfecto derecho para ejercitar en juicio su acción.

Otra limitación de la capacidad del menor emancipado consiste en no poder vender sus bienes raíces sin el consentimiento de las personas enumeradas tantas veces. Aquí encaja ya en su propio marco la cuestión antes esbozada de si el Código ha que-

rido reducir la prohibición á la venta de los bienes inmuebles, ó si su espíritu más amplio ha sido el de cobijar dentro de la expresada regla todos aquellos actos que requieren la misma capacidad que la venta. En verdad, no se necesita que los ámbitos de la interpretación sean muy anchurosos para comprender dentro de los mismos, actos que guardan con aquélla íntima analogía.

Un distinguido escritor sostiene que para interpretar rectamente el art. 317 hay que leer enajenar allí donde dice vender, y esto porque el art. 59, al limitar la capacidad del marido menor de edad, dice enajenar. No le falta razón al comentarista; pero fuera muy lógica la deducción si el Código no hubiera empleado como sinónimos la voz enajenar y la voz vender, como lo demuestra el hecho de distinguir entre enajenación y permuta.

Y que no hablamos á humo de pajas bien claro lo dice el artículo 188 del Código, cuyo texto es como sigue: «La mujer del ausente, si fuese mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan, pero no podrá *enajenar*, *permutar* ni hipotecar.» A mayor abundamiento, y en comprobación de que el Código emplea indistintamente la palabra enajenar por vender, sin respetar la laxitud del concepto de la primera, ahí está el art. 1.637, donde se habla de enajenación del dominio de una finca enfitéutica en el sentido de venta de la misma, puesto que un artículo anterior, el 1.635, faculta al enfiteuta para *donarla ó permutarla*. Así, pues, dada la texitura general del Código, no debiera ser lícito, en nuestro sentir, interpretar la voz vender en la más lata significación de la p labra enajenar. Y sin embargo de esto, hay que reconocer que en el fondo de su argumento, el escritor á que nos referimos lleva la razón. De tal suerte es el Código más embrollado que los enigmas de la Reina de Saba.

Si del mismo modo que el Código francés, hubiese dicho nuestro Código: «*No podrá el menor vender ni enajenar bienes inmuebles*,» no habría surgido la cuestión; pero ¿es dable interpretar restrictivamente el art. 317, cercenando derechos al emancipado, cuando el Código no muestra la intención de arrebatárselos?

Y sin embargo, volvemos á repetir, es el Código el que inconscientemente se los quita. Hé aquí por qué, contra toda racional interpretación, hay que admitir, y es caso que por lo ex-

traño maravilla, que el Código ha querido decir *enajenar*, mas ha dicho *vender*.

Tomando la voz enajenar en su más amplio sentido dentro de su recinto, cabe no solo la hipoteca, sino hasta la cancelación de la misma, según expresa la resolución de la Direccion general de 13 de Junio de 1874. Pero puesto que el Código, en el mero hecho de referirse al gravamen de los inmuebles, ha recogido este concepto de la voz enajenación, retraemos su significado.

Donación.—Si para evitar el peligro de una venta de bienes raíces ha conceptuado necesario el Código civil el consentimiento de personas adornadas de capacidad y que sientan afección hacia el menor, hay que reconocer que el peligro se acrecienta cuando de donación se trate, porque entonces no hay un precio que represente el inmueble vendido, sino que á impulsos de una liberalidad mal entendida en muchas ocasiones, se desprende una persona de sus bienes en obsequio de otra. ¿A cuántos abusos y sugestiones no se presta un corazón joven y no adiestrado contra las añagazas del vicio? Por fortuna, el Código viene en apoyo del menor.

El art. 624, determinando la capacidad necesaria para donar, dice que «podrán hacer donación todos los que puedan contratar y *disponer* de sus bienes.» Como este artículo no distingue, claro es que al hablar genéricamente se refiere tanto á los muebles como á los raíces.

Ahora bien: ¿puede un menor emancipado, según el art. 317, *disponer* libremente de sus bienes inmuebles? ¿Cómo ha de *disponer* libremente si no puede venderlos sin el consentimiento de los padres ó del tutor? Véase cómo una deducción rigorosa nos conduce á sostener que el menor emancipado no puede donar sus bienes raíces sin el consentimiento que el art. 317 del Código requiere para la venta de los mismos. Limitamos la incapacidad de donar á los inmuebles, porque por lo que respecta á los bienes muebles, el mencionado artículo iguala la capacidad del emancipado á la del mayor de edad.

Aceptación y repudiación de herencia.—El Código civil francés no consiente al menor emancipado que acepte ó repudie una sucesión. Así lo ha interpretado la jurisprudencia de los Tribunales franceses, que puede consultarse en Dalloz.

Desde el punto de mira crítico, ¿qué duda cabe que en el rigor

del temperamento preventivo que el Código adopta debieran ser la aceptación y repudiación de herencia actos prohibidos al menor emancipado sin la debida asistencia? Aceptada una herencia, las obligaciones que la afecten, así como los derechos que de ella dimanen, unas y otros pasan al heredero. Y si la herencia se acepta sin meditar sus resultados, sin conocer la situación del caudal, las deudas pendientes, ¿no es muy fácil que, lejos de ser beneficiosa, sea altamente perjudicial al emancipado? O se adoptan las medidas preventivas en su rigor ó no se adoptan, porque no es lícito moverse entre las nebulosidades de los términos eclécticos. Estudiemos nuestro Código. Con respecto á la aceptación de herencia, el art. 992 está explícito. «Pueden aceptar y repudiar una herencia, dice, *todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.*» Y luego añade: «La herencia dejada á los menores ó incapacitados podrá ser aceptada al tenor de lo dispuesto en el número 10 del art. 269. Si la aceptase por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha á beneficio de inventario.»

La libre disposición de los bienes requiere la capacidad plena. ¿Tiénela el menor emancipado? Ya hemos visto que no, y la prueba más palmaria la suministra el art. 317 requiriendo la asistencia de los padres ó del tutor para ciertos actos. Pues luego si el menor emancipado no tiene la libre disposición de los bienes, ¿cómo podrá aceptar ni repudiar una herencia? Aquí coadyuvan al mismo resultado las disposiciones del Código y la sana razón, cuyo discurso gira sobre el eje del sistema de prevención. Se dirá: es que el menor emancipado tiene la libre disposición de los muebles, y en este sentido ¿no podrá aceptar ó repudiar una herencia que consista en este linaje de cosas? Estas son las resultancias de no tomar francamente un camino y andar merodeando por todas las veredas. Con arreglo al Código, sí; con arreglo al buen sentido jurídico, no. ¿Quién puede de antemano determinar la masa de una herencia sin exponerse á incurrir en equivocación? Al menor emancipado no debe exponérsele al peligro: además, como una herencia no puede aceptarse por lo que respecta á los muebles y repudiarse por lo que á los bienes raíces atañe, porque lo prohibe el art. 990 del Código, conclúyese de aquí que tratándose en la aceptación de un todo indivisible hasta después de aceptada la herencia, pero en cuyo todo dan la nota, valga la expresión, los inmuebles, respecto de los cuales no tiene

el menor la libre disposición, para cumplir con la ley es de necesidad que el padre, la madre ó el tutor den su consentimiento, único medio que el Código otorga para llenar esa limitación de la capacidad que, como horca caudina, tiene el emancipado que atravesar.

Permuta.—Es el trueque de una cosa por otra. En términos jurídicos, permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga á dar una cosa para recibir otra.

Guarda tan estrechas analogías con la compra-venta, que en términos figurados podemos llamarlas hermanas gemelas. Diferéncianse en que en la venta el trueque es por dinero ó signo cierto que le represente; en la permuta es de una cosa por otra. Tan estrecho es el parentesco, que el art. 1.541 preceptúa que en lo que no se halle especialmente determinado en el breve título consagrado á tratar de las permutas, se regirá por las disposiciones concernientes á la venta.

Así, pues, en cuanto atañe á la capacidad para permutar, rigen los mismos principios que la determinan para vender. ¿Cuál es la regla general? Nos la da el art. 1.457, cuyo tenor es el siguiente: «Podrán celebrar el contrato de compra-venta todas las personas á quienes este Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los artículos siguientes »

La regla especial es la del artículo presente. Ahora bien: este silogismo nos da la cuestión resuelta. Para permutar inmuebles es necesario tener capacidad para venderlos. Es así que el menor, según el art. 317, carece de ella. Luego no puede permutarlos. Y no se diga que el raciocinio adolece de alguno de los vicios que los lógicos clasifican en las formas de argumentación. No. Sus premisas son exactas, la mayor y la menor. La conclusión tiene también que ser exacta.

¿Podrá permutar bienes muebles? La respuesta salta á la vista. Evidentemente, puesto que tiene facultad para venderlos.

Cesión.—Considerada como el traspaso que se hace en favor de una persona de los derechos, créditos y acciones civiles que se tienen contra otra, y partiendo del principio de que el menor emancipado no tiene capacidad para enajenar bienes inmuebles, es llano deducir que cuando el derecho recaiga sobre una cosa raíz necesita para verificar la transmisión del consentimiento del padre, madre ó tutor. Prescindimos del fundamento filosófico, es

á saber, el peligro que envuelve un acto de esta naturaleza para el menor; busçamos la razón jurídica positiva, y esta es la siguiente: el Código civil abarca el capítulo que de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales trata dentro del tít. IV del libro cuarto, que de la compra-venta se ocupa, y esto trae consigo la irrecusable presunción de que idéntica capacidad que se requiere para vender, se necesita para transmitir un derecho. Si las partes tienen la misma naturaleza del todo, preciso es confesar que siendo la transmisión de derechos una parte del título de la compra-venta, participa de su naturaleza, presunción que se acrecienta hasta convertirse á nuestro modo de ver en doctrina correctísima al notar que dicho capítulo no contiene un artículo consagrado á especificar la capacidad que para tales actos se requiere. Hemos dicho que el consentimiento lo conceptuamos necesario cuando se trate de derechos que recaigan sobre bienes inmuebles, mas no cuando estos derechos recaigan sobre muebles, v. gr., el derecho sobre cosas pignoradas. Sentado el anterior principio, digamos que cae dentro de sus reglas, según nuestro entender, la cesión del crédito hipotecario.

El crédito hipotecario podrá enajenarse, cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública, de que se dé conocimiento al deudor y que se inscriba en el Registro (véanse á este propósito los artículos 153 al 155 de la ley Hipotecaria, y los 107 al 110 de su Reglamento). Cuando se cede un crédito hipotecario se cede un derecho que recae sobre un inmueble y que muy bien puede trocarse en la propiedad de dicho inmueble, si, seguido el procedimiento ejecutivo, no hubiere postores y se adjudicare al menor emancipado.

La cesión de este crédito nadie puede negar que es un acto de enajenación, y si antes requería de la autorización judicial, hoy exige, por cuanto atañe al menor emancipado por efecto de su falta de capacidad, el debido consentimiento de las personas llamadas á prestarlo.

Tenemos casi la certidumbre de que un Registrador no inscribirá una escritura de cesión de un crédito hipotecario otorgada por un menor emancipado, sin el consentimiento exigido por el art. 317. Porque aun cuando éste le concede la libre disposición de sus bienes muebles como si fuera mayor, no hay que olvidar que la cesión recae sobre inmuebles hipotecados. De

todas suertes, la cuestión no es de aquellas que no tienen más que un solo aspecto y una sola solución. Conocido es nuestro parecer, sin que esto quiera decir que desconozcamos la fuerza de la opinión contraria.

Transacción y compromiso.—Los dos contratos se rigen por las mismas reglas, y nuestro parecer es el siguiente: cuando versen sobre inmuebles ó derechos que afecten á esta clase de bienes, es de necesidad el consentimiento de que tantas veces hemos hablado. La transacción y el compromiso entran en la categoría de actos de enajenación, y seguramente de los más peligrosos para el menor, no avezado todavía á los lances de la contratación. El Código francés incluye la transacción y el compromiso en la categoría de actos terminantemente prohibidos al menor, procediendo con gran mesura y previsión. El Código vigente camina por grados. Cuando es un tutor el que transige en representación de su pupilo, exige que aquél la pida por escrito, expresando las ventajas que de la misma se obtendrán, y que el consejo de familia acuerde conceder su autorización. Si es el padre ó madre el que transigé respecto de los bienes y derechos del hijo sometidos á su potestad, es requisito, si excede el valor de la transacción de 2.000 pesetas, que el Juez dé su aprobación. Ahora bien; ¿no es muy racional que cuando la transacción verse sobre inmuebles, por cuanto para verificarla se necesita la libre disposición de los bienes y el menor emancipado carece de ella, no es muy racional, repetimos, que venga el padre ó la madre ó el tutor en sus respectivos casos, á prestar el consentimiento sin necesidad en ninguno de la aprobación judicial? Nosotros así lo creemos, y en las razones expuestas se fundamenta nuestro dictamen.

Fianza.—¿Podrá el menor salir fiador, ó lo que es lo mismo, obligarse á pagar por un tercero cuando no lo haga éste? (Artículo 1.822) El art. 1.823, á nuestro juicio, resuelve la duda. Dice éste que «el obligado á dar fiador debe presentar persona que tenga *capacidad para obligarse* y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza.»

Discutible es, en verdad, desde el punto y hora que el Código no habla nada de libre disposición de sus bienes, sino de la capacidad para obligarse. Pero una sencilla reflexión aclara el caso. La facultad de obligarse supone la libre disposición. Esto es evi-

dente. Mal puede una persona responder con bienes que no está facultado para vender, es decir, que no puede sacar de su poder libremente. Ahora bien: como si el deudor no paga, y una vez hecha excusión en los bienes de éste, si opone en tiempo el beneficio el acreedor, después del requerimiento al pago, la acción va contra el fiador que se obligó á responder del cumplimiento de la deuda, y no se dirige contra determinados bienes, sino contra todos si fuese menester, entre los cuales están los inmuebles: atendiendo á que esta situación de derecho se produce por un acto de voluntad, lícito únicamente sin asistencia de persona adornada de capacidad suficiente, en quienes tienen la libre disposición de sus bienes, de donde surge la facultad para obligarse, y es visto que el menor emancipado no goza de plena capacidad á tenor del art. 317, no pudiendo, por tanto, obligarse libremente respecto de los inmuebles. Teniendo en cuenta, finalmente, que á todas luces se vislumbra que el espíritu del Código, inspirado en la previsión del que el menor de veintitrés años, por mucha que sea su reflexión y cordura, nunca alcanza aquella plenitud soberana, valga la frase, de inteligencia, valladar que se levanta contra la sugestión y el engaño, es el de que en todos los actos que atañen á las cosas raíces, ora en su disponibilidad como en su gravamen, garanticen su buen éxito la asistencia del padre, madre ó tutor, prestando su consentimiento en sus casos respectivos. Somos de parecer, en mérito de las razones enunciadas y examinados los artículos 317, 1.822 y 1.828 del Código civil, que el menor emancipado por concesión voluntaria del padre ó madre que ejerza la patria potestad necesita del consentimiento de éstos, y en su defecto del de un tutor, para afianzar por un tercero.

Con lo expuesto terminamos este estudio, protestando de que si mantenemos la tesis desarrollada es porque, salvando todos los respetos á las opiniones divergentes, entendemos que aun separándonos de la interpretación literal y la que por analogía de voces se deriva de los artículos del Código, no cabe otra interpretación jurídica que la expuesta. ¿No sería cosa por más de un concepto donosa que el menor emancipado no pudiese vender los bienes inmuebles de su propiedad sin consentimiento, y pudiera deprenderse de los mismos por permuta, donación, compromiso, transacción, etc.? ¿No sería asimismo caso estupendo que un me-

nor incapacitado aceptase ó repudiase una herencia *motu propio*, nó teniendo capacidad para disponer libremente de todos sus bienes? Así lo creemos; mas ¿quién sabe si alguna alucinación nos ofusca y pone un velo ante los ojos?

¿Qué actos, preguntamos ahora, le son lícitos al menor? Todos, menos los expresados. Así, pues, por lo que respecta á los bienes muebles, podrá disponer de ellos libremente, comprendiendo dentro de la voz disponer lo mismo la venta, que la permuta, que la donación, que el gravamen, v. gr., la pignoración. Mas no se ciñen á esto sus derechos. Es capaz el menor para ejecutar los actos de administración que sean necesarios para la conservación de los inmuebles y percepción de sus productos, así como los conducentes á la explotación de una industria ó comercio. (Véase *Comentario* del art. 260.)

Añade el artículo, hablando del consentimiento necesario para que los menores emancipados puedan enajenar sus bienes inmuebles, gravarlos y tomar dinero á préstamo, que en defecto de padre y madre prestará dicho consentimiento un tutor.

Preséntase de nuevo la cuestión batallona de si dicho tutor, para ejercer su cargo, necesitará del concurso del protutor y del consejo de familia. Sucede con la actual tutela lo que con la Trinidad, tres personalidades jurídicas distintas, pero una sola tutela verdadera; mas de tal suerte son inseparables, á tenor del artículo 201, que no se concibe un tutor sin la protutela y el consejo de familia. Cuando comentamos dicho artículo hicimos notar, y ahora nos ratificamos en la idea entonces lanzada, que el protutor y el consejo tienen tal limitación en sus funciones por lo que respecta á este caso, que más que instituciones de rigor para el buen desempeño de la tutela, eran honorarias. Por la propia índole del cargo que desempeña el tutor en la tutela restringida debiera su nombramiento ser de la incumbencia del Juzgado de primera instancia, puesto que el antiguo curador y el tutor nombrado en méritos del art. 317 tienen en sus atribuciones ciertas analogías que debieran trascender en la competencia para el nombramiento. Pero a pesar de que tal es nuestro pensamiento, es de tal jaez la redacción del art. 201, que tenemos que pasar por el nombramiento del protutor y del consejo de familia, comprendiendo su inutilidad.

También esbozamos en el art. 201 la cuestión relativa á si

para prestar el consentimiento necesita el tutor de la autorización del consejo de familia, según previene el art. 269 en su núm. 5.º Opinamos que es innecesaria, porque el artículo habla del consentimiento propio del tutor, como atribución peculiar suya, como derecho, por decirlo así, intrínseco al nombramiento, como facultad que no depende de una autorización superior, sino que radica en el sujeto por virtud de la naturaleza de sus funciones.

Esta es la verdadera interpretación. Mas sin embargo, á tales extremos nos conduce la divergencia latente entre las derivaciones inmediatas del derecho escrito y las puras doctrinas del derecho filosófico, que ya que hay necesidad de constituir un consejo de familia, por ser la única solución legal, no estará de más pedir su autorización para que en ningún caso pueda alegarse tacha. Mas protestamos que decimos esto por exceso de celo y no porque sea nuestro criterio, opuesto en absoluto á la autorización de un consejo, que en este caso conceptuamos innecesaria y perjudicial, porque se convierte en una rémora al ejercicio de las atribuciones del tutor.

Inmediatamente ocurre preguntar: y el nombramiento de tutor ¿en quién habrá de recaer? La crítica legal nos dice que esta tutoría es de naturaleza dativa; empero, atemperando este rigor, podemos admitir además en algunos casos la testamentaria. Así, verbigracia: emancipado un hijo por su padre, sigue éste prestándole su consentimiento en los actos que expresamente determina el art. 317. Ocurre el fallecimiento, y en su testamento designa el padre por tutor á una persona de su confianza. Véase ya aquí la tutela testamentaria. ¿Debe respetarse la designación del padre? ¿Por qué no? ¿Es motivo suficiente para negarle tal derecho el haberse ya disuelto la patria potestad? Pero ¿acaso esta disolución agota el cariño y con el cariño la mayor solicitud y la más meditada elección de la persona que ha de seguir al lado del hijo? Creemos firmemente que el nombramiento de tutor en este caso que tratamos puede hacerse por testamento. Habrá seguramente llamado la atención de nuestros lectores la deliberada omisión que hemos hecho de la tutela legítima. Su explicación tiene, sin embargo. El art. 211 dice de esta suerte: «La tutela legítima de los *menores no emancipados* corresponde...» ¿Qué quiere decir esto? En buena lógica, una cosa sola, á saber: que la tutela legítima no rige para los *menores emancipados*.

Si éste ha sido el propósito del legislador, hay que confesar que su intención merece alabanza; libertar al menor del ascendiente y poder moral que lleva siempre consigo el parentesco, ensanchando de este modo el cerco en que se mueve, es obra meritoria.

Mas habremos de convenir en que si este ha sido el deseo, y no nos alucina algún vicio de redacción del expresado artículo, vuélvese ineficaz, ínterin exista el 245 que confiere á los extraños designados tutores el derecho á renunciar si en el territorio de la tutela existen parientes dentro del sexto grado. Si el padre no hubiese nombrado tutor en su testamento, ni hubiese parientes, al consejo de familia le compete designar una persona para el desempeño de esa tutela que el menor emancipado necesita. ¡Cuánto más sencillo y obvio fuera que el Juzgado nombrara ese tutor *per accidens*, sin constituir un consejo, y designar un protutor que inmediatamente, después de cumplir su mandato legal, ceñido en esta situación simplemente al nombramiento de aquél, habrá de caer en sueño letárgico, semejante á la muerte!

Así, pues, convenimos en que la tutela limitada que analizamos, se defiere, diremos como el Código, por testamento y por el consejo de familia.

Rigen para con el tutor las causas de inhabilitación y de excusa; algunas pudieran reducirse en buenos principios en consideración á la sencillez de las funciones que tiene que desempeñar el guardador del pupilo emancipado; pero el Código nada ha previsto, y en el terreno del derecho positivo todas las causas de inhabilitación y todas las de excusa que mencionan los artículos 237 y 244, son válidas y eficaces. Lo mismo decimos de las causas de remoción que especifica el art. 238.

En la rapidísima excursión emprendida para trazar nada más que los contornos de esta tutoría *sui generis*, se nos ocurre una duda. ¿Tendrá el tutor obligación de constituir fianza? La fianza se presta para asegurar el buen resultado de la gestión. Supone que el tutor tenga la administración de los bienes, mejor dicho, que entren en su poder los muebles, la renta ó producto de los inmuebles y las utilidades que pueda reportar una empresa industrial ó mercantil. A estos extremos alcanza la garantía.

Ahora bien: el tutor del menor emancipado no recibe los muebles, puesto que el pupilo, por virtud de la emancipación, puede disponer de ellos como si fuera mayor de edad. Tampoco entran

en su poder la renta ó producto de los inmuebles, frutos ó rentas, que se rigen por el principio expuesto, toda vez que también son muebles. Y lo propio decimos de las utilidades de cualquier empresa manufacturera ó comercial. Si, pues, nada tiene que garantir, ¿á qué la fianza? Porque el consentimiento es por su naturaleza, incorporal, y además se presta, siendo así que la garantía se constituye por las cosas corporales que se reciben por vía de administración. En la tutela restringida el tutor no administra. Consiguientemente tampoco afianzará. Esto nos conduce á sentar otra regla, es á saber: el tutor del menor, por las mismas razones alegadas, no rendirá cuentas al final de su cargo. Y como las cuestiones en derecho se entrelazan unas con otras, al punto surge otra interesante, que sucintamente abocetaremos, ya que otra cosa no es lícito en este lugar. El art. 753 del Código civil dice así: «Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor, hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciese en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge.»

Precisamente estamos tratando de un caso de tutela donde no se rinden cuentas, porque no hay gestión que las produzca. ¿Tendrá efecto la disposición testamentaria otorgada por el pupilo á favor de su tutor? Dudosa es la cuestión, porque ocurre aquí lo mismo que en muchas otras ocasiones, á saber: que existe divergencia entre el espíritu y la letra. El pensamiento bien claro se vislumbra. El legislador quiere que la tutela haya concluído; y quiere también que las cuentas se hayan aprobado, porque sólo entonces el pupilo, totalmente libre de toda sugestión, puede determinarse por agradecimiento á las buenas prendas y servicios prestados por el tutor. La letra es muy otra. Además, el legislador no ha parado mientes en que puede haber aprobación de cuentas, v. gr., cuando se trate de una habilitación de edad. Mas como el habilitado necesita un tutor para enajenar bienes raíces, gravarlos y tomar dinero á préstamo, si por circunstancias especiales se enlazaren la tutela plena disuelta con la tutela restringida naciente y el mismo tutor la desempeñare, concluiríamos en que rendidas las cuentas, tendría capacidad para heredar al que todavía era su pupilo, pudiendo, por efecto de su cargo, ejercer

presión sobre el menor y arrancarle un testamento á su favor. Como el legislador al redactar el art. 753 tuvo, en nuestro sentir, intenciones puras que se bastardean y prostituyen en este caso expuesto, anticipándonos, presentamos esta dualidad contraproducente, afirmando de otra parte que escudriñado el fundamento de que el legislador ha partido en el susodicho art. 753, y por su misma eficacia, es nuestro criterio, respetando la letra del artículo, de la que surge otra interpretación distinta, que el tutor, ora desempeñe una tutela plena, ora restringida, como en la actual hipótesis no puede heredar á su pupilo hasta la aprobación de cuentas en el primer caso, hasta la extinción de la tutela por la mayor edad en el segundo.

Concluye el art. 317 estableciendo como final restricción de la capacidad del menor la de que no podrá comparecer en juicio sin la asistencia de los llamados á consentir, ó sea padre, madre ó tutor Nótese que ya no habla de consentimiento, sino de asistencia. Este empleo de una voz distinta obedece, á juicio nuestro, al tiquis-miquis retórico, despreciable en un Código, de no emplear una misma palabra, haciendo enfadosa y disonante una cláusula con la repetición.

Creemos, pues, que el Código en este caso, como en los anteriores de enajenación y gravamen de bienes inmuebles, ha querido significar consentimiento. Después de todo, ¿qué diferencia implica el uso de una voz ú otra? ¿Eleva la asistencia un átomo más de capacidad al menor? Claro está que no.

Vuelve de nuevo la cuestión referente á la constitución del consejo de familia, en relación con este caso de tutela restringida.

Según el art. 269, el tutor necesita autorización para entablar demandas en nombre de los sujetos á tutela, y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubiesen sido condenados.

Ya hemos dicho que no pudiendo existir tutela sin que á su vez adquiera vida la protutela y el consejo de familia, opinábamos que se imponía la constitución de éste, á pesar de que el buen sentido jurídico va contra ello. ¿Será indispensable la autorización del consejo cuando se trate de un menor emancipado? Nuestra opinión se pronuncia negativamente, porque entendemos que la asistencia en juicio es atribución propia del tutor. Empero en la vacilación á que nos conduce el laberinto de sendas

y callejones de nuestro complicado Código, y pecando también por exceso, aconsejamos que se obtenga dicha autorización.

Finalizamos este comentario preguntando: ¿el emancipado por matrimonio necesita de la asistencia del padre, madre ó tutor para comparecer en juicio? Causará extrañeza tal pregunta, mas la justificaremos á seguida con solo copiar un artículo.

La capacidad del menor casado la determina el art. 59. Distingue según el marido sea menor de diez y ocho años ó mayor de esta edad. Con respecto al primer extremo, dice: «Si fuese menor de diez y ocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y á falta de ambos sin el de un tutor. *Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.*» Estas restricciones refiérense exclusivamente al menor de diez y ocho años. Por lo que atañe al mayor de esta edad, dice: «En ningún caso, mientras no llegue á la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero ú préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces. No menciona para nada la asistencia para comparecer en juicio: es más, el art. 60 faculta al marido para concedérsela á la mujer.

Si, pues, el art. 59, en relación con el 315, determinan la capacidad del menor emancipado por el matrimonio, hay que deducir jurídicamente que no necesita de la autorización del padre, madre ó tutor, para comparecer en juicio, máxime cuando la ley de Matrimonio civil, á la que el Código actual se ha plegado para determinar estos particulares, sentaba la misma doctrina. Algún espíritu suspicaz creerá ver una contradicción con el art. 317, que, aparentemente, establece un principio generalísimo. Esto depende de la omisión cometida por dicho artículo al no referirse al art. 315, única regla en combinación con el 59 para determinar la capacidad del menor casado. Pero lo cierto es que omite decirlo, y con esta ligereza engendra vacilaciones que pueden trocarse en pleitos.

¡Qué obra se perdieron los sofistas de Atenas!

Jurisprudencia.—*Resolución de la Dirección general de los Registros de* 3 *de Junio de* 1890. (*Gaceta* 4 *Octubre idem.*) El art 317 del Código establece una regla general que abarca todos los casos de emancipación, y es aplicable á todos los emancipados, sean hembras ó varones, cuya regla consiste en que el menor

queda habilitado por la emancipación para regir su persona y bienes, como si fuera mayor, sin más limitación que la de necesitar el consentimiento de su padre, madre ó el de su tutor para los actos que el mismo artículo determina, y entre ellos, el de vender bienes inmuebles.

Para afirmar, como el Registrador de la propiedad de Valmaseda afirma, que la emancipación de que trata el art. 317, es tan sólo la voluntaria, y el menor á que se refiere es varón, es preciso distinguir donde la ley no distingue, y esto no es lícito en buenas reglas de hermenéutica jurídica.

Conocido el principio por que se rige la capacidad legal de la mujer casada menor de edad, lo único que importa es averiguar las excepciones que con arreglo al mismo Código civil limitan la generalidad de aquél, y si el caso origen del presente recurso está incluído en alguna de ellas.

Entre los diversos artículos del Código que han de ser tenidos en cuenta al resolver la cuestión presente, tan sólo dos hallamos que modifiquen la regla contenida en el art. 317; el artículo 61 que, obedeciendo á un principio de orden en el seno de la familia, no consiente que la mujer contrate sin licencia ó poder de su marido; y el 1.361 que, en consideración á la índole jurídica de los bienes dotales inestimados, prescribe que si la mujer fuese menor no pueden ser enajenados, gravados é hipotecados sino con licencia judicial é intervención de las personas señaladas en el art. 1.352.

De esas dos restricciones que se acaban de apuntar, únicamente la primera es por su naturaleza permanente, como que obedece á la situación que ocupa la mujer dentro de la familia; mas la otra, circunscrita por el mismo texto legal á determinados bienes, no puede ni debe ser extendida á otros distintos, por impedirlo el art. 317 que, dada su generalidad, no admite más excepciones que las que el Código clara y categóricamente tiene establecidas.

De lo expuesto se infiere que para la enajenación de los bienes inmuebles parafernales propios de una mujer menor de edad, basta la licencia ó poder de su marido y el consentimiento de las personas que el art. 317 enumera, sin que sea además indispensable el requisito de la licencia judicial, no exigido, en verdad, en cuanto á tales bienes, por precepto alguno del Código.

Otra interpretación del citado art. 317 llevaría á la consecuencia de que una mujer soltera, menor de edad, emancipada por concesión paterna, no ha menester, para vender sus bienes inmuebles, más que del consentimiento de su padre; mas si contrajere matrimonio, necesita, además de ese consentimiento y de la licencia marital, la autorización del Juzgado, siendo notorio que si aquella licencia es cosa inherente á la mudanza de estado de la menor, y por ende lógica y natural, en cambio no se concibe que según sea la causa que motiva la emancipación de la menor, así sea ó no necesaria la autorización judicial.

No desvirtúa la fuerza de las anteriores alegaciones el precepto del art. 1.880 del Código, pues bien se concibe, dada la letra de este artículo y el espíritu que le anima y se infiere del lugar que ocupa en el Código (capítulo III, tít. XV y libro cuarto), que su objeto fué dejar vigente la ley Hipotecaria en cuanto á la forma, extensión, efectos, constitución, modificación y extinción de la hipoteca, mas no que la capacidad jurídica de la mujer casada se rigiera en caso alguno más que por los preceptos de nuestra novísima legislación civil.

En el caso que ha sido origen del presente recurso consta: primero, que las menores de edad al otorgar el contrato, obtuvieron para el mismo la licencia de sus respectivos maridos y el consentimiento de la madre de ambas, y segundo, que las participaciones de fincas por ellas enajenadas procedían de herencia paterna, sin que haya dato alguno que permita asegurar que los dichos bienes fueran dotales inestimados.

En vista de la doctrina jurídica arriba expuesta y de los hechos consignados en el que precede, quedó completada con arreglo al Código la deficiente capacidad de las dichas menores al otorgarse la escritura de 20 de Abril del corriente año, la cual no adolece, por tanto, del defecto que el registrador la atribuye.

Esta Dirección general ha tenido á bien confirmar la providencia apelada.

ART. 318. Para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre ó de la madre, se requiere que el menor tenga diez y ocho años cumplidos y que la consienta.

Concordancias.—Análogo al art. 273 del proyecto de Código de 1851 y al 282 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Respecto de la edad que el Código exige para la emancipación, este artículo carece de ellos.

Los precedentes relativos al consentimiento del emancipado pueden verse en las leyes de Partida que se copian al frente del comentario del art. 314.

COMENTARIO.—Reforma pensada, y á nuestro modo de ver muy en armonía con lo que reclama la naturaleza de la emancipación, es la introducida por este artículo elevando la edad que ha de tener el menor emancipado hasta los diez y ocho años. Hoy dicha institución no responde á medida política ni social alguna, como respondió en la antigua Roma, ni nos hallamos en tiempos en que el derecho romano nos atraiga con sus resplandores, para imitarle sin estudiar antes el espíritu de la época y las necesidades sentidas. Por eso la mayoría de los Códigos parten del principio de que el hijo debe salir de la potestad paterna ó materna sólo cuando ha llegado en su desarrollo físico é intelectual al grado necesario para conducirse sin apoyo. Esta edad la fijan algunos Códigos en los quince años cumplidos, v. gr., el francés, artículo 477, y el guatemalteco, art. 301. Otros en los diez y ocho años, el portugués, art. 307; mejicano, art. 690, y el español. El de Chile admite la emancipación sin distinguir de edad, y puede decirse que es la única excepción.

Nuestras antiguas leyes de Partida tampoco establecieron una edad precisa para la emancipación, mas obrando con mucha cordura, requirieron mayores solemnidades cuando se tratase de un infante menor de siete años que cuando fuere mayor de esta edad. En el segundo caso supusieron que el menor tenía ya discernimiento para consentir, al paso que en el infante esta falta la suplía el Rey con su carta al Juez ordenándole la emancipación, porque consentía en ella, estimándola favorable al emancipado.

Basta comparar las leyes de nuestro Derecho antiguo y las sencillas del novísimo para penetrarse de que la ventaja cede en pro de estas últimas, inspiradas en la más sana doctrina y en aquel puro razonamiento que toma por base los hechos de la na-

turaleza y no los ficticios de una conveniencia social ó de un prejuicio infundado de veneración y acatamiento.

Los diez y ocho años traen aparejado en el varón juicioso la cordura y reflexión suficientes para gobernar su hacienda sin riesgo de ser engañado, máxime cuando la ley, previsora, guarda sus espaldas con la figura del padre, de la madre ó de un tutor, cuyo consentimiento necesita para ejecutar los actos de la vida civil más propensos al fraude, y consiguientemente más peligrosos, como los de enajenar inmuebles, gravarlos y tomar dinero á préstamo. Pero no sólo requiere el art. 318 el requisito de la edad, sino que exige además el consentimiento del menor que va á ser emancipado.

Como hemos visto, trae esta solemnidad su origen español del Derecho de Partidas, y si con despacio se la atiende, percíbese á seguida que no se trata de una ritualidad, de una mera rúbrica legal, sino que encierra una previsión plausible.

El consentimiento, en todo caso, requiere en el sujeto que consiente, la capacidad necesaria para consentir. La emancipación, que, en cuanto exige la armonía y conformidad de dos voluntades, toma las notas características del contrato, se viciaría de nulidad si el consentimiento fuera obtenido por la violencia, ó por el fraude, ó por el error, del mismo modo que si se tratase de un incapaz y prestase el consentimiento.

De aquí, pues, se derivan reglas prácticas que no deben olvidar los Notarios ni los Jueces municipales, puesto que unos y otros, los primeros por escritura pública y los segundos autorizando la comparecencia, son los llamados á rodear de las formalidades legales la emancipación.

El consentimiento del hijo debe ampararse con toda clase de garantías para que en ningún caso se sobreponga la autoridad paterna y sofoque en sus manifestaciones la voluntad del hijo. Sírvanos de ejemplo la ley de la Novísima, que restringió la facultad de emancipar, rodeándola de mayores seguridades.

Muchos hijos, á los diez y ocho años, por la educación recibida ó por cortedad de carácter, no carecen de reflexión, pero son incapaces de dirigir su persona y bienes: podrán consentir y su consentimiento será válido; pero la emancipación, lejos de ser para ellos un paso beneficioso que les anticipe las ventajas

de la mayor edad, se convertirá en pendiente peligrosa que les conduzca al derrumbadero por donde se precipiten.

Esto no tiene otra solución que una prudencia extremada en los Notarios y en los Jueces antes de dar el visto bueno á la capacidad del menor para consentir, ya que nuestro Código no exige la demostración de la utilidad que habrá de seguírsele al emancipado por la rotura del poder que le unía á su padre y por la libertad adquirida.

ART. 319. Concedida la emancipación, no podrá ser revocada.

Concordancias.—Igual al art. 285 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 4.ª, *tit. XVII*, *ley* 4.ª—El poderio que han los padres sobre los fijos se establece en quatro maneras... La tercera es como si el padre ouiesse al fijo librado de su poder é despues desto fiziesse el fijo algun yerro contra el padre quel ouiesse a tornar en su poder.

Partida 4.ª, *tit. XVIII*, *ley* 19.—Ingrati son llamados, los que non agradescen el bien fecho que les fazen; que quier tanto dezir en romance, como desconoscientes. E atales y ha, que en logar de seruir aquellos de quien le resciben, e de gelo gradecer, yerran malamente contra ellos, faziendoles muchos deseruicios, de palabra, e de fecho. E esto es una de las grandes maldades, que ome puede fazer. E por ende, si el fijo que fuesse emancipado, fiziesse tal yerro como este contra su padre, deshonrrandolo malamente de palabras, ó de fecho, deue ser tornado porende en su poder.

COMENTARIO.—Separándose de los precedentes patrios, sienta el artículo transcrito una regla fija é invariable. El Código de Partidas, en las dos leyes que anteceden y pueden consultarse en los precedentes, admitió dos casos de excepción, á saber: la ingratitud y los malos tratos del hijo para con su padre. Bien es verdad que esta distinción hecha por algunos autores, v. gr., Fe-

brero, entre la causa de ingratitud y los malos tratos de obra ó palabra, más tiene por origen una sutileza que una razón diferencial, porque, con efecto, la ingratitud cuando toma los tintes más sombríos y odiosos, llega al aborrecimiento que se manifiesta en ese yerro que el Código del rey de las Cantigas con severa frase condena con la pérdida de libertad concedida, y la vuelta al yugo del poder paterno.

Los Códigos modernos mantienen una dualidad de criterio respecto del particular, pues al paso que la mayoría establecen la irrevocabilidad como carácter integral de la emancipación, otros admiten ciertas causas mediante cuya concurrencia pierde el hijo su libertad.

Militan en la primera hueste los Códigos de Méjico (art. 693), Portugal, cuyo art. 310 es literalmente idéntico al 319 que estudiamos, y el Código de la República chilena (art. 269). En la segunda forman el Código italiano (art. 321) y el francés, que estatuye en sus artículos 485 y 486 que el menor emancipado cuyos *engagements* se hubieren reducido por la contravención al artículo 484, que le prohibe enajenar sus bienes inmuebles ni ejecutar acto extraño á los de administración sin observar las formas prescritas para el menor no emancipado, podrá ser privado del beneficio de la emancipación, entrando en tutela desde el día en que le fuera revocada hasta aquel otro en que alcanzase la mayoría de edad.

Estudiado á la luz de una sana crítica el principio de revocabilidad admitido por el Código francés, no se puede negar que descansa sobre una firme base. Como expresa Marcadé en su *Explication théorique et practique du Code civil*, cuando el menor emancipado abusa de la *demi capacité* que se le ha conferido, y la ejercita en su perjuicio, es muy justo que en aras de su propio interés se le retire.

Así como en los tiempos en que la patria potestad era un poder que sólo se extinguía con la vida del que la gozaba, era lógico que el beneficio dispensado se borrase por la ingratitud y los malos tratos, no lo es menos en nuestros tiempos que se revoque la emancipación cuando el menor demuestre con sus actos no haber llegado todavía á la moderación y cordura que consigo lleva la precocidad de la inteligencia. Sin embargo, si contraponemos estos artículos citados del Código civil francés con la si-

tuación legal que el matrimonio crea, y con mirada perspicaz sorprendemos el fermento de cuestiones que asaltan por la incompatibilidad de los dos estados, el de emancipado por el matrimonio y el de tutela por la revocabilidad de la emancipación, comprenderemos el fundamento de esa regla tan escueta y árida que encierra el art. 319 de nuestro Código, y en esa misma desnudez descubriremos la prudencia y previsión del legislador, que con mirada sagaz y sin dejarse llevar por el encadenamiento á veces tiránico de deducciones falaces, supo prever mayores males aún con el sacrificio de un poco de vanagloria.

En Francia, el precepto legal que admite la revocabilidad ha motivado distintos pareceres, y así, al paso que Demolombe, llevando la deducción á un extremo peligroso, sostiene que la mala conducta personal del menor es suficiente para justificar *le retrait* de la emancipación, Valette, y con Valette Aubry et Rau y Laurent, mantienen, en nuestro sentir con mayor fundamento, la tesis contraria.

Estas discrepancias de los tratadistas, que repercuten luego en la esfera latente del derecho, las ha evitado con su lacónica declaración nuestro Código civil.

Conviene ahora analizar los términos del art. 319. Dice éste que, concedida la emancipación, no podrá ser revocada. Échase de ver acto continuo que se refiere exclusivamente á la emancipación voluntaria. El término *concedida,* empleado por el artículo, dice relación á un acto de voluntad, porque sólo se concede aquello que deriva del albedrío; y lo mismo cabe afirmar de la voz revocación en su significado jurídico. De aquí, pues, que entrelazándose ambas voces en un solo concepto, no es discutible el sentido del artículo. El padre ó la madre que ejerzan la patria potestad y abdiquen de ella voluntariamente, concediendo á su hijo la libertad de acción que genera esa *demi capacité* de que habla Marcadé, suficiente para ejecutar mucha parte de los actos constitutivos de la vida civil, no puede volverse atrás, destruyendo la emancipación, revocándola como dice el Código, y colocando al hijo emancipado de nuevo bajo su potestad. Si el hijo dilapida los bienes de que puede disponer sin licencia de sus padres ó del tutor, medios tienen aquéllos de impedirlo. Si el hijo es ingrato ó comete yerro contra sus padres, deshonrándolos malamente de palabra ó de hecho, ó atentando contra su perso-

na, ó negándoles los alimentos, casos son todos ellos de desheredación, con lo cual purga el hijo rebelde su ingratitud, sin necesidad de que renazca un poder extinguido por la emancipación, cuyo poder, al renovarse, sólo produciría males sin cuento é irrespetuosidad y violencias monstruosas, que un buen legislador debe prever. Por esto alabamos, ahora que se presenta ocasión, como censuramos sin rebozo cuando notamos el descuido ó la precipitación.

Un caso nos asalta, que aunque no guarda una estrecha relación con el artículo, no hallamos lugar más adecuado que el presente para tratarlo. Con él cerraremos el comentario del presente capítulo.

Es sabido que la emancipación, á tenor de lo dispuesto en el artículo 316, ha de otorgarse por escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal. No es aventurado suponer, antes bien entra en los cálculos más probables, que la escritura pública en la que se conceda la emancipación, adolezca de alguno de los vicios que determina la ley del Notariado vigente de 28 de Mayo de 1862 en su art. 27. Así, v. gr., que figuren como testigos (no siendo de conocimiento, art. 67 del Reglamento de 9 de Noviembre de 1874), los parientes de las partes interesadas en el cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad, ó los parientes, escribientes ó criados del mismo Notario, ó que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, ó no supla esta diligencia en la forma establecida, ó no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo, ó la firma, rúbrica y signo del Notario, ó, finalmente, autorice el Notario la escritura teniendo en ella interés, ó la autorice su sustituto. En todos estos casos, por disposición del referido art. 27, y en el último, por disponerlo así la resolución de 28 de Diciembre de 1883, es nulo el instrumento público.

¿Anulará la emancipación, y consiguientemente volverá el hijo al poder del padre emancipante? Desde luego se percibe que la nulidad en la emancipación puede provenir, como en todos los estados de derecho, de defecto pertinente al fondo ó á la forma. Así, verbigracia, supongamos que se otorga una escritura de emancipación y se omite la cláusula de consentimiento del menor. Como este es uno de los requisitos intrínsecos y necesarios para la eficacia jurídica de la emancipación, la infracción del art. 318

producirá la nulidad, porque, según el art. 4.° del Código civil, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordenare su validez.

Partamos del supuesto primero, ó sea de que el defecto concierna á la forma, sea intrínseco al instrumento, mas no al fondo. Nuestra opinión es la de que, no obstante la nulidad de la escritura, el hijo se reputará emancipado y tendrá derecho si el padre se negare á otorgar nueva escritura que perfeccione jurídicamente el acto consumado por la voluntad, á ejercitar su acción en forma, acudiendo á los Tribunales mediante la representación de un defensor que previamente se le nombrará, en atención á los intereses contrapuestos de los litigantes y á los vínculos que les ligan; defensor llama nuestro Código á esta especie de curador *ad litem*, que de modo adventicio ha intercalado en sus páginas para remediar casos como el presente.

Varios motivos nos inducen á opinar del modo expresado. Debemos considerar que la emancipación, de la propia suerte que la adopción, requiere el concurso de dos voluntades, á saber: la del padre ó madre que emancipa ó adopta y la del hijo emancipado ó adoptado, que se manifiesta por el consentimiento. Ahora bien: una vez otorgada la escritura, aun cuando ésta se anule por vicios extrínsecos á la emancipación en sí misma, la voluntad no se destruye, y su libre manifestación ya no puede borrarse.

Es nuestro dictamen que el defecto de forma es con relación al estado de derecho creado subsanable, mediante el otorgamiento de una nueva escritura ó de comparecencia ante el Juez municipal. Pudiera argüirse que así como un testamento otorgado con vicio legal de forma se anula, de la propia suerte debería anularse la emancipación. Mas contestamos á esta objeción diciendo que los casos son diametralmente opuestos, y que al paso que en la emancipación es lícito y posible subsanar el defecto, en el testamento no lo es, porque comienza á regir después del fallecimiento del testador, y se interpone el obstáculo físico de la muerte, que imposibilita en absoluto la ratificación de la voluntad solemnemente expresada.

Otro apoyo en pro de nuestra tesis es el de que el Código no requiere como solemnidad necesaria el otorgamiento de escritura pública, bastando simplemente la comparecencia ante el

Juez municipal. ¿Qué implica este paso hacia la disminución de solemnidades sino que es suficiente la expresión de las dos voluntades de padre é hijo, en orden al mismo propósito? ¿Y no se logra esto con la escritura otorgada, siquiera se anule por defectos ingénitos de la misma? ¿Qué obstáculo formidable se alza que impida la subsanación? Ninguno.

Pues he ahí justificado nuestro aserto respecto del caso discutido.

CAPÍTULO II

DE LA MAYOR EDAD

Siempre la sana crítica ha aconsejado, como norma á la que debe ajustarse una buena ley, la de evitar el cambio brusco y repentino, mediante el cual una persona incapaz la víspera, encuéntrase capaz al día siguiente. Aconseja la crítica jurídica el establecimiento de un estado intermedio, algo así como una aclimatación que prepare al menor para el libre ejercicio de todos los derechos civiles.

Tendencia es esta irreprochable dentro del terreno del derecho filosófico, pero sujeta á controversia en el punto y hora que se trata de implantar en el derecho constituído. Porque en rigor, más bien desventajas que beneficios habría de reportar un estado intermedio con carácter general; traba y complicación contraria de la sencillez que debe resplandecer en todo cuerpo legal. Y tan es así, que los Códigos modernos adoptan el tránsito fugaz de la menor á la mayor edad, sin crear esa estación climatológica alabada y preconizada por los filósofos del Derecho y por cuya omisión ha lanzado Amiable acerbas censuras al Código Napoleón. Si bien se estudia, no es tan instantáneo el paso. Considerado en su materialidad, claro está, el transcurso de un se-

gundo de tiempo engendra una capacidad de derecho; pero ¿acaso no influye nada en el menor el curso de los años, el desenvolvimiente de su inteligencia y la constante comunicación con sus semejantes en todas las relaciones de la actividad?

Las lecciones de la experiencia, en las cuales, si no como actor, á lo menos como espectador, interviene, ¿no dicen nada á su pensamiento? Pues esta es la escuela donde el menor se va formando á la vida civil, de suerte que al cumplir los veintitrés años está en condiciones de dirigirse por sí propio, sin pasar por esa estación intermedia, que en todo caso estaría constituída por la emancipación, que, como hemos visto, crea un estado relativo de capacidad.

Nuestro Código civil comprende dentro del capítulo (que debiera ser título) que á la mayor edad consagra, una institución, nueva en nuestro derecho, toda vez que no puede decirse sea la dispensa de edad la habilitación por cuya virtud el menor huérfano de padre y madre, pero mayor de diez y ocho años, queda por concesión del consejo de familia en la misma condición que el emancipado voluntariamente.

Y es que en todos tiempos se ha sentido la necesidad de que el ser perfecto camine por sí mismo sin necesidad de apoyo. Los pueblos antiguos vislumbraron esta verdad, y los vestigios que de sus costumbres y leyes han resistido la acción destructora del tiempo, claramente nos lo indican. Entre los egipcios, según Polibio, el príncipe salía de la minoridad á los quince años. Nada se sabe respecto de los demás individuos. La legislación hebrea, dice Amiable con referencia á Pastoret, adolecía de un pronunciado materialismo.

Regulábase la capacidad civil por la facultad de engendrar, y para determinar el momento de la pubertad, seguíase una teoría análoga á la que el jurisconsulto Prisco adoptó en Derecho romano. La edad de los trece años y un día en el varón, y la de doce y un día para la hembra, era el mínimun que señalaba la legislación hebraica, y este término se prorrogaba hasta los treinta y cinco y treinta años respectivamente para el varón y la mujer, si antes no aparecían los signos físicos de la pubertad ó se manifestaba la imposibilidad de adquirirla.

El pueblo ateniense, inspirándose en la legislación egipcia, consideró la protección paternal, no como un poder absoluto, sino como una institución de tutela, de cuidado para la persona que estaba sometida. Su duración no era ilimitada ni tampoco prerrogativa del sexo masculino. Extinguíase el poder paterno cuando el menor cumplía veinte años y entonces adquiría la libre disposición de su persona y la libre administración de su patrimonio. No se preocupaba la legislación de Atenas de concordar la capacidad civil con la facultad de engendrar.

En la antigua Roma, el desenvolvimiento moral se inducía del desarrollo físico. La pubertad conquistaba para el menor, no sólo la facultad de contraer matrimonio, sino la de testar y muy generalmente la plena capacidad para el ejercicio de todos los derechos cuyo goce le correspondía.

En la rudeza del primitivo derecho, debió recurrirse al examen corporal para acreditar la pubertad. La necesidad de una regla fija, dice Amiable, se hizo sentir al instante, porque se presentaba la cuestión de

la validez del testamento después de la muerte del menor, en un tiempo en que ya era imposible la *indagatio corporis*.

Un sentimiento de pudor obligó á los romanos á renunciar á la *indagatio corporis* respecto de las mujeres, y como regla general se estableció que cumplidos los doce años adquiriesen capacidad para casarse, testar, cuando les era lícito, y salir de la *tutela pupillaris* para entrar en la *tutela mulieribus*.

Ese mismo sentimiento de pudor decidió á los romanos á renunciar á la indagación corporal para descubrir la pubertad, y entonces se dispuso que á los catorce años se entendiese adquirida por los varones, así como los doce años para las hembras.

Aquí se originó una de las cuestiones debatidas entre la escuela de Labeon y Capiton, que han pasado á la posteridad con los nombres de Proculeyana y Sabiniana. Mantenían los primeros la doctrina expuesta; defendían los segundos obstinadamente el principio de la *indagatio corporis*. El jurisconsulto Prisco opinaba por ambas circunstancias: los catorce años y la facultad física de engendrar. El Emperador Justiniano cortó la controversia disponiendo y fijando uniformemente en los catorce años la edad de la pubertad en el varón.

egún el antiguo Derecho civil romano, los jóvenes púberes y *sui juris* estaban al frente de sus negocios en una edad demasiado precoz. Los peligros hiciéronse sentir inmediatamente á medida que las relaciones sociales se desenvolvían y se acrecentaba la riqueza. La *restitutio in integrum*, concedida discrecionalmente por el pretor, vino en parte á remediar el abuso cimentado en la inexperiencia y debilidad de los menores. La ley

Plætoria, Plebiscito correspondiente á la segunda mitad del siglo V de Roma, sancionó una penalidad para los que, contratando con un menor, le hubiesen lesionado en sus derechos.

Una Constitución de Marco Aurelio estableció la curatela de los menores, medida protectora, por cuanto su consecuencia más transcendental era la de anular todos los actos del menor celebrados sin la asistencia de su curador.

Finalmente, la edad de los veinticinco años vino á fijarse como término de la menor edad. Hasta entonces, las *restitutio in integrum* protegía á las personas de los menores, así como la nulidad de todos aquellos actos celebrados sin la asistencia del tutor ó curador. Llegado dicho límite, adquirían la plena capacidad civil los varones *sui juris*, pero no los sometidos á la potestad del padre ó del abuelo.

Después de esta sencilla excursión histórica relativa á la mayor edad, réstanos, concordando estos datos con las doctrinas del capítulo que tratamos, decir algo de la llamada por los romanos *Venia ætatis*. Fué introducida por las Constituciones imperiales y se concedía por el Emperador á los menores dignos por su reflexión y mesura de obtener dicha antelación de la mayor edad y con ella una capacidad relativa.

Los requisitos para obtenerla eran: haber cumplido veinte años tratándose de varón, diez y ocho si de mujer, y justificar buena conducta. A pesar de esto, los Emperadores, como dice el Código Justinianeo, no la otorgaban sino raras veces. Los menores á quienes se concedía la *venia ætatis* no podían invocar el beneficio de la *restitutio in integrum* y no podían enajenar

é hipotecar sus bienes sin un decreto del Magistrado.

Si este fuera lugar oportuno, después de las notas históricas expresadas, entraríamos á tratar de los varios aspectos de la mayor edad durante los tiempos medios, de la influencia germánica y romana, del fraccionamiento y diversidad legislativa que consigo trajo el feudalismo en Francia, las municipalidades en España. Pero nuestras buenas intenciones se estrellan ante el carácter de nuestro trabajo. Las leyes bárbaras en vigor en la Monarquía francesa, establecían la edad de doce años. La *lex Burgundiorum* quince años. Los galo-romanos siguieron la huella del Derecho de Roma, veinticinco años. El feudalismo determinaba la mayor edad por la aptitud para el servicio de las armas. En la parte occidental del territorio francés, veintiún años, porque, como dice Loysel, el antiguo derecho consuetudinario de Francia fijaba dicha edad, que aceptó el feudalismo. En la parte oriental, más vivo el influjo germánico, la mayoría comenzaba á los quince años ó á los catorce.

Prescindiendo de más detalles, diremos que hacia el siglo XVIII, en la generalidad del territorio francés, salvo Normandía, la mayor edad comenzaba á los veinticinco años. En prueba de ello, véase cómo Pothier define los menores: «Llámanse menores los que no han cumplido todavía la edad de veinticinco años, excepto en Normandía, donde la mayor edad se alcanzaba á los veintiún años cumplidos.»

En nuestra patria también se han establecido diferentes edades, desde la más precoz, que la hallamos en la legislación de Navarra, hasta la más avanzada, que se encuentra en la castellana.

El Fuero Juzgo, en la ley 13, tít. II del libro cuarto, y en la 3.ª, tít. III del mismo libro cuarto, vino á sancionar la mayor edad á los veinte años. De dichas leyes se deduce que el mayor de dicha edad podía desempeñar la tutela de sus hermanos menores, y le era lícito administrar sus bienes por cuanto el padre estaba obligado á dar al fiio ó fiia que ouiere XX anos complidos maguer non se case la meetad de quanto pertenesce á cada uno de la buena de la madre.

Es digna de ser notada la ley 3.ª, tít. IV del libro quinto del Fuero Viejo de Castilla. »Ningund niño chico nin ninguna niña chica nin ningund guerfano nin ninguna guerfana fasta que aya diez e seis años por cuita que aya nin por ninguna cosa, si non fuer por governacion ó por pecho del Rey ó por debda que padre ó madre devan seyendo sanos, non ayan poder de vender, nin de empeñar, nin obligar á peños suo eredamiento, nin ninguna de suas cosas. Mas despues que compriren siete años el guerfano ó la guerfana fasta en doce años si por auentura vinier á ora de muerte, é mandare dar alguna cosa por sua alma si de aquella enfermedat murier, que aya poder de dar la quinta parte por sua alma: e de doce años adelante que aya poder de dar la meytad de quanto ouier, ó todo si quisier por sua alma ó de que ouier diez y seis años, es de edat comprida é puede fazer de sus bienes lo que quisier.» También la ley 1.ª, tít. IV del mismo libro quinto del Fuero Viejo de Castilla, por cuanto al hablar de la guarda de los »guerfanos e de suos bienes,» hace relación á los que »non sea de edat», debe tenerse muy presente para enlazarla con la que hemos transcrito.

El Fuero Real, Código inspirado en los elementos tradicionales del derecho español, siguiendo la misma huella que el *Forum Judicum*, marcó en la ley 1.ª, título VII, libro tercero, la edad de veinte años á contar de la cual el menor adquiría capacidad. Restauróse el derecho romano, escribiéronse las Partidas cuando imbuídos los jurisconsultos por la legislación resucitada, forzosamente habían de inspirarse en sus principios, y así como, según hemos visto, la mayor edad en Roma se lograba á los veinticinco años, la ley 2.ª, tít. XIX de la Partida 6.ª, dijo: »Menor es llamado aquel que non ha aun veynte é cinco cumplidos quanto tiempo quier que le mengue ende.» Los cuerpos legales dictados con posterioridad, reconociendo como un principio inconcuso el sancionado por la ley de Partidas, no trataron de alterarlo, y así siguieron las cosas hasta que el espíritu innovador, recordando que la legislación indígena fijaba la mayor edad á los veinte años, se entró por el proyecto de 1851, consignando en el art. 276 la misma doctrina.

Todos nuestros lectores conocen las vicisitudes de este proyecto, sus eclipses y resplandores, sus metamorforsis hasta llegar al vigente, que optando por un término intermedio, ha preferido los veintitrés años, separándose por igual de las leyes propiamente españolas, como decimos imitando á Goyena, y de la ley de Partidas, á imagen y semejanza de las romanas.

Echemos ahora una ligera mirada retrospectiva sobre las legislaciones forales que se separaron del derecho castellano. En Aragón á los catorce años, lo mismo para los varones que para las mujeres, comienza la mayor edad, y desde entonces tienen capacidad para

otorgar testamento y capitulaciones matrimoniales, aunque no pueden vender, donar ni contratar sin la autorización de sus padres, y en su defecto la judicial, hasta los veinte años. Los casados, aunque sean menores, están exceptuados de dicha limitación.

En Navarra era reducidísimo el tiempo de la menor edad. Comenzaba á los siete años; sin embargo, tocándose graves inconvenientes, el amejoramiento del Fuero en su capítulo I, consideró ser esto contra razón y derecho y dobló el tiempo de la minoría hasta los catorce años. Todavía, á pesar de esta ampliación, se creó costumbre contra ley, estableciéndose definitivamente que no tuviera lugar hasta los veinticinco años.

Para terminar, y completando la materia tratada, bosquejaremos rápidamente la mayor edad en los Códigos y legislaciones extranjeras.

Europa.—En Inglaterra comienza á los veintiún años menos un día. En Francia (art. 488 de su Código civil), Italia (art. 122), Portugal (art. 311), á los veintiún años. En Holanda á los veintitrés años. En Austria á los veinticuatro.

América.—El Código mejicano dispone en su artículo 694 que la mayor edad empieza á los veintiún años; lo mismo sienta en su art. 28 el Código guatemalteco. El de la República Argentina la fija en los veintidos años y el de Chile en los veinticinco.

Con los elementos reunidos en esta introducción se persuadirán nuestros lectores del progreso que representa el avance dado por nuestro Código adelantando la edad en que el hombre perfecto física y moralmente es capaz de regular su conducta sin someterse ciegamente á una voluntad superior, sino siguiendo las ins-

piraciones de su conciencia. La civilización imponía la reforma, si no la aconsejara la tradición de nuestro derecho. Algunas conciencias timoratas y amedrentadas del escándalo, acaso deploren que el plazo del poder paterno se relaje más pronto y presientan grave mal de la temprana libertad del menor, indefenso ante la emboscada de los pervertidos; pero bien mirado, estos son escrúpulos infundados, porque si la autoridad material se quebranta, el ascendiente moral se acrecienta. ¿Qué hijo bien nacido no escuchará reverente los consejos de un padre anciano, curtido en la experiencia y lleno de la sabiduría que dan los años? ¿Qué hijo no los acogerá con júbilo y los acatará propicio! A los veintitrés años puede más una buena advertencia que encamine á reflexión, que una medida violenta que mueva á ira. Repetimos, acondicionándolas, las palabras elocuentes de Bertrand de Greuille: «Hay que asentir en que estos temores encuentran su justificación en el escándalo de algunos ejemplos propios para exaltar la imaginación de los hombres sensibles y virtuosos. Pero al lado de este aflictivo cuadro, es lícito colocar la esperanza consoladora que ofrecen ventajosamente los grandes y beneficiosos cambios que se han operado en las cosas y en las personas. Por todas partes se organizan centros que difunden la sabiduría y la moral. La juventad no es hoy lo que era antaño. El germen de la libertad ha impulsado los progresos de la razón. Los resortes de su espíritu han tomado más movimiento y actividad. Atormentada del anhelo de aprender, se la observa dedicarse con un ardor nobilísimo á todos los géneros de conocimientos, porque el estudio y las ciencias elevan el alma y alientan los corazones, enseñan

á conocer y á discernir el bien del mal, encadenan las pasiones fogosas y suplen á las fructíferas lecciones de la experiencia.

ART. 320. La mayor edad empieza á los veintitrés años cumplidos.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Concordancias.—Análogo al art. 277 del proyecto de Código de 1851, é igual al 286 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro cuarto, tít II, ley* 13.— ... E quando el fiio ó la fiia del padre se quisiere casar, el padre luegol dé su parte de la buena de su madre, é retenga para sí la tercia parte daquello quel diere por la lazera que tomó con elo, y el padre deve dar al fiio ó á la fiia, pues que oviere XX annos complidos, maguer que se non case, la meetad de quanto pertenesze á cada uno de la buena de la madre y el otra meetad tenga el padre en su vida, é depues de su muerte finque á aquellos fiios... etc.

Fuero Juzgo, libro cuarto, tit. III ley 3.ª—Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fiios de menor edad en su guarda, si ella quisiere é si se non casare, assí que de las cosas de los fiios faga un escripto. E si la madre se quisiere casar é alguno de los fiios fuere de edad de XX años fasta XXX éste deve aver los otros hermanos é las sus cosas en guarda é non las dexar enaienar ni perder a ellos ni á otri... etc.

Fuero Real, libro tercero, tit. VII, ley 1.ª—Todo home que hobiere de guardar huerfanos, é sus bienes, debe ser de veinte años al menos, é debe ser cuerdo é de buen testimonio é abonado; é si tal no fuere, no pueda guardar á ellos, ni á sus bienes.

Partida 6ª, *tít. XIX, ley* 2.ª—Menor es llamado aquel que non ha aun veynte é cinco años cumplidos, quanto tiempo quier que le mengue ende. E de tal menor como este se entiende, que

si daño ó menoscabo recibiere por su liuiandad, o por culpa de su guardador, o por engaño quel fiziesse otro ome, que deue ser entregado de aquella cosa que perdio, o que se le menoscabó, por qualquier destas tres razones, prouando el daño, o el menoscabo, e que era menor de veynte e cinco años, quando lo recibio; ca, si esto non fuesse prouado, non se desataria lo que fuesse fecho, o puesto con el, o con su guardador.

ART. 321. A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas.

Concordancias. — Igual al segundo párrafo del art. 277 del proyecto de Código de 1851 y al 287 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 320 Y 321.—Cumpliendo con lo dispuesto en la ley de bases de 11 de Mayo de 18 8, el art. 320 establece que la mayor edad empieza á los veintitrés años.

Las antiguas leyes del Fuero Juzgo y Fuero Real fijaron la de veinte años, y el proyecto de 1851, inspirándose en ellas, estableció la misma edad. El Código vigente opta por un término intermedio entre los veinte de la legislación indígena y los veinticinco de las leyes de Partidas. Parécenos muy cuerda su resolución y acreedora á todo linaje de alabanzas Son los veintitrés años una edad suficiente para que el individuo pueda encaminar sus pasos sin la dirección y vigilancia de sus conciudadanos. El desarrollo físico y el intelectual llegan á su máximum, si bien continúa este último perfeccionándose hasta su completa madurez y sazón. También es cierto que los peligros acrecen porque las pasiones llegan á su período álgido, pero contrabalanceando estos escollos, la naturaleza prodiga la reflexión que descubre los más negros

horizontes, con cuya perspectiva el ánimo se encoge y amedrenta para la lucha social, siendo de aquí de donde nace la previsión y la mayor cordura.

Mas sobre todas estas razones descuella una muy superior, por cuanto viene aneja á la humana naturaleza, y es el deseo innato de toda voluntad de tener una órbita propia de acción y desenvolvimiento dentro de la cual rija y domine con independencia de todo poder superior.

Nuestros tiempos igualitarios por excelencia no podían consentir que el ser perfecto y en disposición de determinarse en la vida civil sufriera limitaciones en la capacidad por la existencia de una autoridad augusta y respetabilísima, cierto, pero al cabo directora. Decimos en este mismo tomo que la vida del poder está en razón inversa de la perfección de los sometidos.

Así, v. gr., los pueblos primitivos sólo conciben un poder autoritario, cuyos prestigios y atribuciones van menguando á medida que los seres se perfeccionan, y si no mengua, pierde su personalismo y se escapa por otras válvulas, valga la expresión, con cuyo conjunto se constituye la máquina del poder. Tratar de someter á un pueblo civilizado á un poder absoluto, es quimera. Tratar de someter al individuo perfecto y en posición de regir sus actos, á una voluntad suprema que aniquile su autonomía y le convierta en instrumento de sus resoluciones, también es quimera. Cierto que ha habido pensadores que han señalado los peligros de otorgar en edad temprana la mayoría, licencia, por decirlo así, para ejecutar todos los actos de la vida civil. El docto Gutiérrez, en sus *Estudios fundamentales de Derecho civil*, cita á Belime, cuyas palabras elocuentes encierran un fondo de pesimismo; dice así: «Una autoridad cuyo término se aproxima no es respetada, y cada cual puede juzgar si un hijo de veinte ó veinticinco años, es decir, á una edad en que mayor freno necesita, debe ó no estar sometido á una autoridad cualquiera, sobre todo si posee bienes personales. La observación enseña que los jóvenes más desgraciados son frecuentemente los que más pronto se han visto libres, sea por muerte de sus padres, sea por su condescendencia.»

Enfrente de tan desconsoladores augurios, si no fuera suficiente lección en contra la que nos da la continua experiencia, podemos citar las palabras del tribuno Tarrible en la sesión de 8

de Germinal del año II: «La naturaleza, siempre sencilla y armónica en sus manifestaciones, ha marcado en el hombre el desenvolvimiento de sus facultades morales por la de sus facultades físicas.

Una falsa prudencia no debe en el círculo tan reducido de la vida, extender la menor edad á expensas de la de virilidad.

No dejemos enervar al hombre en las cadenas de una larguísima dependencia. Cuando se le hayan mostrado sus relaciones de proporcionalidad con los objetos que le rodean, cuando se le haya inspirado el sentimiento de su dignidad, puédese sin gran riesgo dejarle ensayar sus fuerzas.

En ninguna edad tendrá más ardor ni más actividad para el trabajo, que le rendirá todo género de beneficios, aunque acaso le sean más difíciles de conservar.

Pero es que aun alcanzada la mayor edad, la ley no sustrae al individuo al respeto y á la deferencia hacia su padre ó hacia el hombre generoso que llenara fatigosos y necesarios deberes. Así es que cuando la autoridad del padre ó del tutor cese, sus sabios consejos le rodearán todavía, enseñándole los escollos que hay que temer, los peligros que debe huir y los pasos que conviene evitar. Que no sea muy temeroso del peligro de las pasiones. Ellas son el resorte que comunica á nuestro ser la vida y el movimiento. La ciencia del legislador consiste, no en encadenar, sino en dirigir bien.

Que si las pasiones precipitan la juventud en algún extravío, del seno mismo del mal nacerá el remedio más saludable.

El error está, sin duda, en arrancar del principio de la debilidad humana; mas sus lecciones son las mejores, porque se graban más profundamente que las de un frío ejemplo ó una austera doctrina.

Y en un siglo que ha esparcido la luz sobre todos los puntos de la superficie de nuestro territorio; que generalizando la instrucción, ha generalizado también las ideas, comunicándole más profundidad y justicia; en un siglo donde una educación precoz y mejor dirigida ha asociado la juventud á las combinaciones y los cálculos de la edad madura, no tememos que la edad de veintiún años sea muy frecuentemente la de la inexperiencia y el error.

La ilusión más peligrosa en esta época de la vida es la de

aquella ardorosa pasión que creyendo ver en el objeto amado todas las perfecciones reunidas, todos los encantos maravillosos, no encuentra la dicha más que en la posesión. Pero sus esfuerzos impotentes acabarán por estrellarse contra la roca de la voluntad paterna, que tiene bajo su dependencia el matrimonio de los hijos hasta la edad de veinticinco años.

Así, pues, la indicación de la naturaleza, el aliento rápido con que nuestras costumbres y nuestra organización social convierten los espíritus hacia los conocimientos útiles; la madurez precoz que rinde como fruto; la supervivencia de los lazos de respeto á la autoridad, las lecciones saludables de la experiencia, la barrera opuesta á los matrimonios inconvenientes, todo concurre á justificar la utilidad de la ley, que fija la mayor edad á los veintiún años.»

Estas son las elocuentes palabras de Tarrible, que llevan la persuación al ánimo. Nuestro Código civil, previsor como el de la vecina República, admite excepciones en el siguiente párrafo: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.»

Determinando cuáles son estos casos especiales, el comentario queda concluído. Es el primero de ellos el matrimonio. No pueden los mayores de edad contraerlo sin el consejo de los padres. Empero, esta excepción de la capacidad cesa si, solicitado el consejo y obtenida respuesta desfavorable, deja el hijo transcurrir el plazo de tres meses. A contar de dicho tiempo, le es lícito contraer matrimonio contraviniendo el consejo.

El otro caso de excepción es el relativo á la capacidad para adoptar. El art. 173 establece que para adoptar es necesario estar en el pleno goce de los derechos civiles, y haber cumplido *cuarenta y cinco años*.

Un último punto para terminar. ¿Cómo debe contarse la mayor edad? ¿De día á día ó de momento á momento? Opinamos por la última solución. La ley de Registro civil, al determinar en su a.t. 48 que en la inscripción de nacimiento se expresará la hora, día, mes y año de aquél, coadyuva favorablemente á que prevalezca nuestro criterio. Así, pues, un niño nacido el día 1.° de Diciembre de 1871, á las cinco de la tarde, será mayor de edad el día 1.° de Diciembre de 1894, á igual hora de la tarde.

Esta fué la interpretación de la jurisprudencia romana, y ha sido la de los comentaristas del Código civil francés.

La excepción del art. 321, sin precedentes en el derecho patrio y con escasas analogías en los Códigos extranjeros, no resulta muy lisonjera para las mujeres. ¿Tanto teme el legislador de su debilidad que considera necesario trocar al padre en guardián, cuando no lo sea el esposo ó el enverjado del claustro? Aunque presumimos que el artículo citado tiende, más que á recatar la paloma, á perseguir el gavilán.

El proyecto de 1851, en el segundo párrafo del art. 277, sentó este principio, que copió el proyecto de 1882 y ha sido reproducido en el art. 321 que estudiamos.

García Goyena, editor responsable, si se nos tolera la frase, del proyecto citado de 1851, á quien recurrimos para explicar muchas de sus disposiciones, dice á este propósito: «Esta limitación relativa á las hijas tiene por objeto el decoro público y personal de ellas mismas. Probablemente ninguna hija bien educada y que tenga en algo su reputación, la joya más preciosa del sexo bello y débil, dará lugar á que se haga uso de esta limitación; pero conviene proveer para los casos posibles.» Hasta los veinticinco años las hijas no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas.

Es de notar que ya no se hace referencia á la potestad paterna, extinguida desde que la hija llegó á la mayor edad; basta que conceda la licencia el padre ó madre en cuya compañía viva. Esto se refiere indudablemente á los casos de divorcio y el de muerte de uno de los cónyuges. Pero cuando ambos esposos vivan y se halle constituída la familia con el padre á su frente, rigiéndola y proveyendo á su cuidado, ¿quién será el llamado á conceder la licencia? Dadas las preocupaciones sociales, reviste tal trascendencia por lo que puede influir en la honra de la mujer la salida de la casa paterna, que en materia de tanta gravedad sostenemos que la licencia deben concederla de consuno ambos cónyuges. Al cabo, ya no existe la patria potestad, é interpretando el precepto del Código civil gramaticalmente, si la razón de competencia, digámoslo así, reside en la comunidad de

domicilio, es llano que cuando la hija vive en compañía de sus padres, los dos deben otorgar el permiso.

La ley no ha llevado su rigorismo hasta el punto de establecer una regla sin excepciones. Antes al contrario, las ha consentido, y tan plausibles y justas, que es de aplaudir esta nota que atempera el tono desabrido de un artículo que, más que realzar, maltrata esa tan galana prenda que más estima la mujer bien nacida. Dos son las excepciones: Primera, cuando la hija salga de la casa paterna para tomar estado. Esta palabra debe interpretarse, no sólo en el sentido general de contraer matrimonio, sino en el de entrar en religión; no únicamente los desposorios mundanales, sino los místicos. Segunda, cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas. Repetiremos aquí las palabras del comentarista del proyecto de 1851: «La compañía de un padrastro ó madrastra suele ser más ingrata, cuanto mayor es la edad de los hijos, y la excepción en este caso es ocasionada por un hecho voluntario del padre ó de la madre.»

Sugiérenos el rápido examen de este artículo una consideración que no debe repudiarse sin previo estudio. La emancipación voluntaria de una hija es caso que rarísima vez ha de presentarse; más como los artículos del capítulo anterior que de la emancipación se ocupan, no limitan ésta á los hijos varones, es acto lícito presentarlo, máxime cuando su misma extrañeza le avalora.

Supongamos, pues, que un padre emancipa á su hija: ¿qué artículo regirá? ¿El 317, que habilita al emancipado para dirigir su persona como si fuera mayor, sin más limitaciones que las concernientes á la capacidad para enajenar ó gravar inmuebles y tomar dinero á préstamo, ó el 321, que le impone la restricción de vivir en la casa paterna? ¿Podrá establecerse á su placer en cualquier punto, ó habrá de acatar la ley, prestando sumisión á la voluntad de sus padres, que se refleja como un fugaz resplandor de la patria potestad? Concretamente vamos á enunciar nuestro pensamiento.

Si con despacio se analizan las causas de emancipación, según expresa el Código, obsérvase una gradación que va subiendo hasta la mayor edad, donde adquiere toda su intensidad. El matrimonio y la voluntad de los padres, expresada en escritura ó por comparecencia, sólo producen una capacidad menos plena.

La mayor edad engendra la plenitud de los derechos. Ahora bien: si esta última todavía aparece cercenada con la limitación que acabamos de examinar, ¿con cuánto más motivo no habrá de alcanzar la restricción á la emancipación voluntaria, otorgada á una menor de diez y nueve ó veinte años, cuando alcance aquella edad en que más peligra su pudor si se la abandona á su propia dirección en la lucha titánica de la vida? No habrá padres tan crueles que consientan poner á sus hijas al borde del precipicio, ó mejor dicho, precipitarlas por el derrumbadero. Somos de parecer que los padres pueden retenerla bajo su poder, salvas las excepciones ya expuestas. Así, pues, en este caso, el efecto primordial de la emancipación se reducirá á que la hija gane el usufructo y administre por sí misma sus propios bienes. Y esto puede ocurrir muy bien cuando se trate de un padre valetudinario y una hija modelo de reflexión y cordura, con esa lucidez y reposo que caracteriza á esos niños viejos de que la Escritura Sagrada habla.

Jurisprudencia. — *Sentencia de* 13 *de Octubre de* 1890. *(Gacetas* 3 *y* 4 *Diciembre idem.)* — El art. 463 del Código penal prohibe proceder por causa de estupro de otro modo que á instancia de la agraviada ó de sus padres ó abuelos ó tutor, y en ciertos casos del procurador síndico ó del fiscal, cuyo precepto reitera el art. 104 de la ley de Enjuiciamiento criminal, al disponer que la acción penal que nace del delito de estupro no podrá ser ejercitada por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en el Código penal.

La primera de las disposiciones citadas confiere además á la parte ofendida el derecho de perdonar á su ofensor y de extinguir en consecuencia la acción penal y hasta la pena en su caso.

La designación disyuntiva de las personas á cuya instancia puede proc derse por tal delito, no significa que todas ellas, sin preferencia entre sí, tengan derecho igual y en todo caso ejercitable á promover el proceso con independencia de la acción de las otras, sino que los propios términos del precepto legal revelan que su objeto no es otro que el de dejar establecido quiénes son las personas á cuya gestión puede abrirse causa por estupro.

Los dos derechos de que habla la disposición legal recordada, el de accionar y el de extinguir la responsabilidad criminal, antes y aun después de declarada, si bien ponen en poder del interés

privado la represión del delito á que se refiere, sólo se mantienen en necesaria concordancia, sin ofrecer su ejercicio ocasión de perturbaciones procesales y otras graves del orden moral, no reconociéndolos como activos simultáneamente á todas las personas referidas, sino como otorgados en orden sucesivo, gradualmente excluyente y eficaces en una sola persona, según la preferencia de la designación legal y á falta de capacidad para ejercerle ó de existencia de los precedentemente nombrados.

Esta interpretación de la ley según la cual los padres no tienen derecho de ejercitar eficazmente la acción penal nacida del delito de estupro cometido en sus hijas, cuando éstas pueden hacerlo por sí mismas, la imponen además el obligado respeto al derecho de la agraviada de utilizar ó no, y del modo que á su interés convenga, una acción de la que supuesta su ordinaria capacidad, es dueña absoluta, por surgir de acto lesivo en primer término y principalmente de su peculiar derecho.

Según el *art.* 320 *del Código civil*, la mayor edad empieza á los veintitrés años, desde cuya época las personas son capaces de todos los actos de la vida civil, sin otras excepciones que las establecidas en casos especiales en el mismo Código.

Entre estas excepciones no se halla la de comparecer en juicio, facultad inherente á la posesión plena de los derechos civiles, y la señalada en el *art.* 321 *del mismo Código*, según la cual, «las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no pueden dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas», no implica limitación ninguna para accionar en juicio, ni ensancha la autoridad paterna por ese patronato especial, cuyo objeto en la vida civil, por ser excepcional, ha de entenderse con restricción en su propio contenido.

Presentada la querella origen de este proceso, cuando la mujer agraviada era mayor de edad, no debió producir el efecto á que tendía, porque en aquella persona, y no en su padre, radicaba el derecho de querellarse de un hecho que sólo á instancia suya podrá juzgarse, mientras no conste su incapacidad para hacerlo.

Por tanto, la Audiencia sentenciadora, al dictar la sentencia objeto del recurso, ha incurrido en el error de derecho de castigar un hecho que impide hoy penar la falta de la procedente querella.

ART. 322. El menor de edad, huérfano de padre y madre, puede obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del consejo de familia, aprobada por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 323. Para la concesión y aprobación expresadas en el artículo anterior se necesita:

1.° Que el menor tenga diez y ocho años cumplidos.

2.° Que consienta en la habilitación.

3.° Que se considere conveniente al menor.

La habilitación deberá hacerse constar en el Registro de tutelas y anotarse en el civil.

Concordancias. —*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 322 Y 323.—El Código civil no podía, obrando con equidad, desnivelar los derechos del hijo sometido á la potestad paterna y del confiado á la guarda de un tutor inspeccionado por el protutor y bajo la autoridad de un consejo de familia. No había razón ninguna para que el primero, llegado á los diez y ocho años, pudiese por concesión de sus padres disfrutar de una libertad relativa en orden á la vida civil, y el segundo, á su desgracia sumase la incapacidad absoluta de dirigirse por sí propio hasta alcanzar la mayor edad. Así es que la habilitación que el Código sanciona, mas bien guarda analogía con la emancipación que con la dispensa de edad que como gracia al sacar se venía obteniendo. Sin duda una cuestión de

método ha inducido al Código á tratarla por separado. La consideración de que la patria potestad no se extingue, puesto que ya la extinguió la muerte. Mas este reparo no tiene apoyo. El matrimonio de los huérfanos produce también la emancipación, y el Código lo incluye en el capítulo que de esta última se ocupa.

Los Códigos extranjeros siguen distinta ruta. El chileno, v. gr., establece la habilitación de edad como privilegio concedido á un menor para que pueda ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veinticinco años, excepto enajenar bienes raíces y aprobar las cuentas del curador sin la autorización judicial; este privilegio lo obtiene el varón casado de veintiún años por ministerio de la ley. El Código portugués (art 304) reconoce que la emancipación puede otorgarse por autorización del padre, de la madre en su defecto ó del consejo de familia á falta de ambos.

El Código Napoleón (art. 478) establece asimismo que el menor de diez y ocho años cumplidos podrá ser emancipado si el consejo de familia le considera capaz. A nosotros se nos antoja más correcta la conducta de estos dos últimos Códigos, que resultaría todavía más propia dentro de los moldes arbitrarios á que nuestro Código se ha ceñido respecto de la emancipación. Examinada la habilitación de edad y la emancipación comparativamente, obsérvase que, salvo los mayores requisitos que para su concesión exige aquélla, los mismos efectos produce una y otra, y el rasero, por decirlo así, que las nivela es el art. 324, al disponer que es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el art. 317.

El primer requisito que el Código exige para la habilitación de edad es que el menor sea huérfano de padre y madre. Así sin ambajes ni rodeos lo declara el art. 322. Nosotros vamos á presentar un caso en que la sana razón milita al lado de la habilitación, y, sin embargo, no es huérfano el menor. Supongamos que *A* y *B* son esposos y padres de *C*. *A*, el marido, intenta prostituir á su hija *C*, y *B* entabla demanda de divorcio que se sentencia favorablemente á su pretensión. Queda consiguientemente *C* bajo la potestad de su madre *B;* fallece ésta. Ahora bien: el art. 73 del Código preceptúa que á la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable á recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los

malos tratamientos de obra ó las injurias graves. Si fuese distinta, se nombrará tutor á los hijos. Este precepto lo corrobora el artículo 74 diciendo que los efectos de la sentencia de divorcio subsistirán en cuanto á los hijos, á pesar de la reconciliación de los esposos, si se funda en el conato ó la connivencia del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas; en cuyo caso si aún continúan los unos ó las otras bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción ó prostitución.

He aquí un caso en que el cónyuge superviviente culpable jamás recobrará la patria potestad de su hijo *C*, que entrará en tutela bajo la autoridad del consejo de familia. Con sujeción al ejemplo presentado, ¿tendrá éste facultad para habilitar de edad á *C*?

La equidad responde afirmativamente, de consuno con las reglas de interpretación doctrinales. Cierto que no se trata de un huérfano, porque el padre vive; pero, ¿con qué derecho podrá ostentar este augusto título? ¿No se lo quita la ley por la mayor de las indignidades que es posible cometer? Luego si la hija ó el hijo han de estar necesariamente en tutela, ¿por qué no ha de ser capaz el consejo de familia para habilitarles de edad? Si se pudiese promover la jurisprudencia á voluntad, tenemos la certidumbre de que se pronunciaría favorablemente á nuestro criterio. Nótese cómo es factible un caso de habilitación sin que los menores sean huérfanos naturalmente, siquiera lo sean legalmente.

También es discutible si la habilitación podrá otorgarla el consejo de familia si la madre hubiese fallecido y el padre estuviese sufriendo la pena de interdicción civil ó fuese loco ó demente; nuestro dictamen se inclina á la afirmativa, empero reconocemos que la interdicción puede cesar por el indulto, y la locura ó demencia por la curación. Acaso este reparo haya movido al legislador á sentar el precepto categórico del art. 322.

Para que el menor pueda ser habilitado se requiere que haya cumplido diez y ocho años y que consienta en la habilitación; es decir, los mismos requisitos que señala el art. 318 para la emancipación. Además, exige el art. 323 el de que se considere conveniente al menor. Esto nos conduce á tratar del expediente de habilitación. El más rudimentario criterio indica que para llevar á cumplido término una habilitación de edad, dados los trámites

que los artículos que examinamos requieren, es de necesidad la formación de un expediente. La prueba nos la da la circular dirigida por el Fiscal del Tribunal Supremo á sus subordinados en 8 de Mayo de 1889. En ella se les señalan, entre otros deberes, de conformidad con el Código, el de intervenir *en los expedientes sobre aprobación de los acuerdos* en que los consejos otorguen á los menores los beneficios de la mayor edad.

La habilitación de edad puede solicitarla el menor sometido á tutela ó acordarla el mismo consejo, con el consentimiento del menor.

A estos efectos, reunidos los vocales del consejo de familia con su presidente y previamente citados el tutor y el protutor, deliberado suficientemente el caso y maduradas las razones en que la habilitación se funde, debe escucharse al menor, y si éste presta su conformidad, el presidente, ejecutando el acuerdo, procederá á fundarlo. Extendido en forma, se elevará testimonio del mismo, suscrito por el susodicho presidente, al de la Audiencia territorial del distrito, y éste, oído el dictamen del Fiscal, aprobará ó negará el acuerdo del consejo de familia. En el primer caso, con el testimonio del auto de aprobación y el del acuerdo del consejo concediendo la habilitación, se otorgará escritura pública. En el segundo caso, continuará el menor en tutela, toda vez que contra el auto denegatorio no concede el Código recurso alguno.

Tal es, en breves líneas, el procedimiento que habrá de seguirse para habilitar de edad á un menor de edad, pero mayor de diez y ocho años.

Los trámites son sencillos; pero protegen suficientemente al menor, desde el instante que enfrente del consejo de familia se levanta la autoridad del Presidente de la Audiencia territorial. Los móviles de aquél pueden ser el egoismo y el deseo de libertarse de la pesada y comprometida carga de la tutela. Los móviles del segundo forzosamente han de ser levantados y nobilísimos, no sólo por la alteza de su posición y la gravedad de la función que se le encomienda, sino porque, ajeno á todo interés particular, sólo ha de beber en la fuente de la más estricta justicia.

Aunque el Código no lo dice, hay que admitir, pensando cuerdamente, que el Presidente de la Audiencia territorial, antes

de conceder ó negar su aprobación al acuerdo del consejo de familia, puede y debe, en nuestro sentir, providenciar aquellas diligencias que concurran á la demostración de la conveniencia de habilitar al menor. Así, v. gr., el examen personal de éste, la inspección de los antecedentes necesarios para computar el estado de su fortuna, etc., datos todos ellos interesantísimos para el mayor acierto.

Tampoco dice el Código una sola palabra acerca de si, concedida la habilitación de edad, es irrevocable ó puede ser revocada.

Su silencio trasciende, según opinamos, á olvido. De todas suertes, para la revocación hubiera sido preciso que lo expresara categóricamente y señalara las causas. No lo ha hecho. El criterio jurídico nos indica seguir la misma regla consignada en el artículo 319, máxime cuando la habilitación y la emancipación se parecen como dos gotas de agua, y cuando el art. 278 dice que la tutela concluye por la habilitación de edad. Ahora bien: si concluye la tutela, concluye el consejo de familia, única autoridad que, admitida la revocabilidad, podría acordarla.

ART. 324. Es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el artículo 317.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Á semejanza de la emancipación, esta *venia ætatis* recientísima introducida por nuestro Código civil con el nombre de habilitación de edad, produce una capacidad relativa. Las mismas limitaciones de la primera alcanzan á la segunda. A esto hállase consagrado el art. 324. Es aplicable, dice, al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad, lo dispuesto en el art. 317. Consiguientemente no podrá el menor habilitado tomar dinero á préstamo, gravar y enajenar bienes raíces, ni comparecer en juicio sin la debida asistencia de un tutor.

Como artículo que hace referencia á otro, ya explicado, no

hemos de incurrir en repeticiones molestas. El comentario del artículo 317 lo damos aquí por reproducido. Pero sí hemos de poner de relieve tanto la funesta redacción del artículo, como la palmaria contradicción que encierra enfrente del 278.

Por lo que respecta al primer defecto, pocas palabras realizarán nuestro propósito. El art. 317 dispone que el consentimiento para los actos de enajenación y gravamen de bienes raíces y para recibir dinero á préstamo, lo concedan el padre, en su defecto la madre, y por falta de ambos un tutor. ¿Quién prestará el consentimiento cuando de habilitación se trate? Solamente el tutor, por la razón irrefutable de que el menor para obtener la habilitación ha de ser huérfano de padre y madre, según dispone el art. 322.

Obsérvese cómo por una precipitación se afirma una inexactitud.

Así, pues, en cuanto respecta á las personas que han de otorgar el consentimiento, es aplicable el art. 317 solamente respecto del tutor.

Esto nos conduce derechamente á la anunciada contradicción. Es visto que el habilitado no goza sino de la *demi capacité* de emancipado. Los dos quedan sujetos á tutela para ciertos actos de transcendencia en las relaciones de la vida civil. Pues, ahora bien: demostrado que no concluye la tutela, porque expresamente lo determina así el art. 324 en relación con el 317, volvamos unas cuantas hojas atrás y leamos en el art. 278. Concluye la tutela: 1.º Por llegar el menor á la edad de veintitrés años, *por la habilitación de edad* y por la adopción. Y preguntamos: si la emancipación y la habilitación de edad surten los mismos efectos jurídicos; si el habilitado necesita siempre de tutor, ¿qué razón ha existido para considerar que la habilitación extingue la tutela? ¿Es que el tutor, el protutor y el consejo de familia que haya tenido el menor cesan en sus funciones en el instante de conceder la habilitación? Si es así, otra tutela nacerá acto continuo para los actos expresados por el art. 317, y como toda tutela lleva como apéndice necesario legalmente, siquiera en este caso le rechace el criterio jurídico, la protutela y el consejo de familia, siempre será inexacto decir que la habilitación de edad concluye la tutela. Se argüirá que la tutela plena caduca. Cierto. Pero ¿acaso le ha dado otro nombre el Código á la tutela restringida?

Así, mientras no distinga, la confusión resultará patente. Perfeccionando esta doctrina, fuera menester que el Código creara un cargo especial para estos casos de emancipación y habilitación de edad, que podría denominarse de defensor ó curador, cargo que no requiriese como complemento necesario la vigilancia del protutor ni la asistencia del consejo de familia, y cargo finalmente para cuyo desempeño fuera causa de inhabilitación haber sido tutor del menor habilitado ínterin no rindiere las cuentas.

Entonces podría decirse con verdadero fundamento que la habilitación extinguía la tutela. Ahora resulta antitético afirmar esto y no decir lo propio de la llamada emancipación legal por el matrimonio, cuando, habiendo fallecido los padres de los contrayentes, estuvieren éstos en tutela.

TÍTULO XII

Del Registro del estado civil.

El Código, consecuente con el plan comenzado, después de examinar el nacimiento y extinción de la personalidad y sus diversas fases en la vida civil, viene á sancionar de modo auténtico, en el último título de su libro primero, los múltiples estados ó consideración de las personas en su vida, con el exclusivo fin, como acertadamente ha dicho un ilustre expositor, de libertar del olvido, de la indolencia y de la injuria del tiempo, los actos más importantes de la vida del ciudadano, salvando derechos respetables y atendiendo al bien de la sociedad, que es la mayor interesada en saber la condición jurídica de los que componen el Estado.

La importancia del Registro del estado civil, como denomina el Código con notable precisión, corrigiendo con esto el nombre dado á la ley provisional, que como todas aquellas que con carácter de interinidad se dictan en nuestra patria, gozan de vida tranquila y duradera, es grande; basta conocer los actos que han de ser inscritos y se comprenderá que ésta ha sido una de las más felices innovaciones que se han verificado en nuestros días.

Esta institución, con su verdadero carácter de autenticidad, no aparece hasta el año 1870. En los antiguos pueblos de Oriente, á semejanza de aquellos otros que componían la culta Grecia, no se notan vestigios de su existencia. El pueblo romano tampoco ha dejado huella de esta institucción en sus anales jurídicos, y únicamente aparecen registros dedicados en absoluto, más que al interés de la familia, al del Estado.

No obstante, distinguidos jurisconsultos remontan el origen de esta institución á los tiempos de Servio Tulio, que estableció estos registros dedicándolos á la inscripción del nacimiento y muerte del individuo, registros que al advenimiento de la República estaban bajo la inspección y salvaguardia de los pretores, cayendo en desuso con la desmoralización de costumbres á la subida del Imperio, si bien en tiempo de Marco Aurelio fueron restablecidos tan sólo para los nacimientos. Sea por lo que fuere, lo cierto es que la prueba de la edad, filiación y paternidad se regía bien por los libros domésticos que el *pater familias* llevaba, además del *codex acepti et expensis*, y en su defecto por la prueba testifical.

En el presente siglo, y antes de la promulgación de la ley provisional de 1870, los libros parroquiales fueron el registro público donde se inscribía al ciudadano, con el doble carácter de civil y religioso.

El preámbulo de la citada ley dice sobre el particular lo siguiente: «Los registros parroquiales, desde el punto de vista civil, necesariamente han debido ser siempre incompletos y defectuosos por su índole propia, que es verdaderamente extraña á los intereses mundanos, y por la atrasada época en que nacieron.

Solamente la probidad, raras veces desmentida, de los encargados de llevarlos, y la respetabilidad de su sagrado ministerio, que no podía menos de comunicarse á cuanto salía de sus manos, ha hecho depositar en ellos la confianza y olvidar por mucho tiempo la conveniencia de mejorar su organización y suplir sus omisiones. En lo que va de siglo se ha legislado en España sobre las principales materias del derecho, y muy especialmente en los últimos años, sobre la manera de garantizar la prueba de la libre contratación que se ejercita ante los depositarios de la fe pública y de las afecciones y transmisiones de la propiedad; pero en cuanto á los medios de perpetuar la memoria de los actos que afectan á la constitución interior de las familias, á la manera de ser del individuo en el hogar doméstico y á su actitud de obrar por sí y sin el auxilio de una personalidad ajena que venga á completar la suya y á gobernar sus intereses, nada se ha dispuesto, relegando las mejoras en materia tan importante á la época en que se plantease la reforma general de nuestra legislación civil. Incompletos son los registros parroquiales en lo que al Derecho civil interesa, por cuanto sólo comprenden el nacimiento, ó más propiamente, el bautismo, el matrimonio, considerándolo exclusivamente como Sacramento, y la muerte. Mas aparte de éstos, hay otros muchos actos que modifican ó alteran de un modo más ó menos directo y transcendental el estado de las personas, y que en consecuencia deben hallar su natural cabida en el nuevo registro, si bien estableciendo la diferencia de que unos se inscriban en él con todos sus detalles y con las precauciones necesarias para que la partida que les

concierna constituya una prueba perfecta, y otros se anoten simplemente, por encontrarse ya justificados en distinto lugar.»

El progreso de nuestro siglo; el mayor conocimiento de los fines del derecho; las necesidades que con los medios de comunicación se han dejado sentir; los derechos que el Estado necesita reconocer y garantir, son fundamentos que han tenido necesariamente que influir para implantar sobre sólidas bases el registro del estado civil de las personas, poniendo bajo la salvaguardia de la autoridad pública los derechos inherentes á la condición jurídica del ciudadano.

La institución que en el Código moderno lleva el nombre de Registro civil es, á no dudarlo, á pesar de lo que en contrario sostengan sus adversarios, una de las páginas mejores de la historia jurídica moderna.

ART. 325. Los actos concernientes al estado civil de las personas se hará constar en el Registro destinado á este efecto.

Concordancias.—Análogo al art. 288 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.— *Ley de Registro civil.* — Artículo 1.° La Dirección general del Registro de la propiedad, que en lo sucesivo se denominará Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado, los Jueces municipales en la Península é islas adyacentes y Canarias, y los Agentes diplomáticos y consulares españoles en territorio extranjero, llevarán un registro en el que se inscribirán ó anotarán con sujeción á las prescripciones de esta ley, los actos concernientes al estado civil de las personas.

Reglamento para la ejecución de la ley del Registro civil.—Art. 3.° En el Registro civil se inscribirán ó anotarán con las formalidades y requisitos establecidos en las leyes y Reglamentos, todos los actos que los mismos expresan concernientes al estado civil de las personas.

ART. 326. El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones ó anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad, y estará á cargo de los Jueces municipales ú otros funcionarios del orden civil en España y de los Agentes consulares ó diplomáticos en el extranjero.

Concordancias.—Análogo al art. 334 del proyecto de Código de 1851 y al 289 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Registro civil.*—Art. 3.° En el Registro encomendado á los Jueces municipales deberán ser inscritos:

1.° Los nacimientos ocurridos en territorio español.

2.° Los ocurridos en viaje por mar ó en el extranjero, si los padres ó alguno de ellos tuviese domicilio conocido en España.

3.° Los matrimonios que se celebren en el territorio español.

4.° Los celebrados *in articulo mortis* en viaje por mar, si alguno de los contrayentes tuviese domicilio conocido en España.

5.° Los celebrados en el mismo caso por militares en campaña en el extranjero, si fuese conocido su último domicilio en España.

6.° Los matrimonios celebrados en el extranjero por un español y un extranjero, ó por dos españoles, si tienen domicilio conocido en España.

7.° Los matrimonios de extranjeros celebrados según las leyes de su país, cuando los contrayentes trasladen á España su domicilio.

8.° Las ejecutorias en que se declare la nulidad del matrimonio ó se decrete el divorcio de los cónyuges.

9.° Las defunciones que ocurran en territorio español.

10. Las de militares en campaña, cuando sea conocido su domicilio.

11. Las que ocurran en viaje por mar, si el difunto tuviese domicilio conocido en España.

12. Las cartas de naturaleza, cuando los interesados elijan domicilio en territorios españoles.

13. Las justificaciones hechas en forma legal por extranjeros que hayan ganado vecindad en territorio de España relativamente á este hecho.

14. Las declaraciones de opción por la nacionalidad española hechas por los nacidos en España de padres extranjeros, ó de padre extranjero y madre española.

15. Las hechas por los comprendidos en los números 12, 13, 14 y 15 del art. 2.°, si al hacerlas eligiesen domicilio en España.

16. Las que hagan los extranjeros manifestando querer fijar su domicilio en territorio español, ó querer trasladarlo á punto distinto dentro del mismo.

17. Las ejecutorias en que se disponga la rectificación de cualquier partida de dichos Registros municipales.

Art. 4.° En el Registro que deben llevar los Agentes diplomáticos y consulares de España se inscribirán:

1.° Los nacimientos de hijos de españoles ocurridos en el extranjero.

2.° Los matrimonios que en él se contraigan por españoles ó por un extranjero y un español que conserve su nacionalidad.

3.° Las defunciones de españoles que allí ocurran.

4.° Las declaraciones de españoles que quieran conservar esta calidad al fijar su residencia en país extranjero, donde por solo este hecho sean considerados como nacionales.

5.° Las declaraciones comprendidas en los números 12, 13, 14 y 15 del art. 2.°

Art. 5.° El Registro civil se dividirá en cuatro secciones, denominadas: la primera, de *nacimientos;* la segunda, de *matrimonios;* la tercera, de *defunciones*, y la cuarta, de *ciudadanía;* habiendo de llevarse cada una de ellas en libros distintos.

Reglamento.—Artículo 1.° Conforme á lo dispuesto en la ley de 17 de Junio del corriente año, habrá Registro del estado civil de las personas.

1.° En la Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado, á cargo de un oficial de la misma dependencia.

2.° En todos los Juzgados municipales de la Península é islas adyacentes y Canarias, á cargo de los Jueces municipales, asistidos de los secretarios de los mismos Juzgados.

3.° En todas las agencias diplomáticas y consulares de España en el extranjero, á cargo de los jefes de Legación, Cónsules, Vicecónsules y Agentes consulares á quienes corresponda, asistidos de los secretarios, cancilleres ó de quienes deban hacer sus veces.

ART. 327. Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas ó hubiesen desaparecido los libros del Registro, ó cuando ante los Tribunales se suscite contienda.

Concordancias.—Análogo á los artículos 346 y 347 del proyecto de Código de 1851 y al 301 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Registro civil.*—Art. 35. Los nacimientos, matrimonios y demás actos concernientes al estado civil de las personas, que tengan lugar desde el día en que empiece á regir esta ley, se probarán con las partidas del Registro que por ella se establece, dejando de tener el valor de documentos públicos las partidas del Registro eclesiástico referente á los mismos actos. Los que hubieran tenido lugar en fecha anterior se acreditaran por los medios establecidos en la legislación vigente hasta la fecha indicada.

Art 36. Acreditándose que no han existido ó que han desaparecido los dos ejemplares del registro en que debiera hallarse inscrito un acto concerniente al estado civil de una persona, podrá acreditarse este acto por los demás medios de prueba que establecen las leyes.

ART. 328. No será necesaria la presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro para la inscripción del nacimiento, bastando la declaración de la persona obligada á hacerla. Esta declaración comprenderá todas las circunstancias exigidas por la ley; y será firmada por su autor, ó por dos testigos á su ruego, si no pudiere firmar.

Concordancias.—El art. 348 del proyecto de 1851 y el 302 del de 1882 exigían la presentación del nacido.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Registro civil.*—Artículo 45. Dentro del término de tres días, á contar desde aquel en que hubiese tenido lugar el nacimiento, deberá hacerse presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro, quien procederá en el mismo acto á verificar la correspondiente inscripción.

Art. 46. Si hubiere temor de daño para la salud del recién nacido ú otra causa racional bastante que impida su presentación en el término fijado en el artículo anterior, el funcionario encargado del Registro se trasladará al sitio donde el niño se halle para cerciorarse de su existencia, recibir la declaración de las circunstancias que deben expresarse en el Registroy ejecutar la inscripción.

ART. 329. En los matrim onios canónicos será obligación de los contrayentes facilitar al funcionario representante del Estado que asista á su celebración todos los datos necesarios para su inscripción en el Registro civil. Exceptúanse los relativos á las amonestaciones, los impedimentos y su dispensa, los cuales no se harán constar en la inscripción.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 330. No tendrán efecto alguno legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas.

Concordancias.—Análogo al art. 326 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley del Registro civil.*—Artículo 96. Los cambios de nacionalidad producirán efectos legales en España solamente desde el día en que sean inscritos en el Registro civil.

ART. 331. Los Jueces municipales y los de primera instancia, en su caso, podrán corregir las infracciones de lo dispuesto sobre el Registro civil, que no constituyan delito ó falta, con multa de 20 á 100 pesetas.

Concordancias.—Igual al art. 334 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley del Registro civil.*—Art. 43. Los Inspectores, así ordinarios como extraordinarios, podrán corregir disciplinariamente las faltas cometidas por los funcionarios encargados del Registro, con una multa que no exceda de 100 pesetas, según prescriba el Reglamento.

Si la falta cometida pudiera ser calificada de delito, la pondrán inmediatamente en conocimiento del Tribunal competente para que proceda á lo que legalmente corresponda.

ART. 332. Continuará rigiendo la ley de 17 de Junio de 1870, en cuanto no esté modificada por los artículos precedentes.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 325 AL 332.—El Código español se ha apartado del derrotero trazado por los extranjeros y de los proyectos de 1851 y 1882. Su autor, bien porque haya pensado que las disposiciones referentes á la determinación del estado civil de las personas tienen en su mayoría un carácter adjetivo, ajeno á la naturaleza del Código civil, bien porque se encontrase con una ley, un reglamento y multitud de disposiciones difíciles de encerrar en un cuerpo legal determinado, ya porque la índole de la materia exige una continua reforma, un desarrollo permanente, contrario á la estabilidad, propiedad de todo Código, sea por lo que fuere, no ha incluído en el Código toda la doctrina referente al Registro del estado civil, como hacen los extranjeros y los proyectos indicados, limitándose á consignar varios preceptos, y más propiamente las bases de dicho Registro, la quinta esencia de éste, en su parte sustantiva. Basta examinar su redacción para convencerse de ello, y leer la base novena (1) para adquirir la conciencia de que sus preceptos son tan sólo una ampliación de ésta.

El art. 325 comprende la base primordial del Registro; su fundamento capital. Es el objeto del Registro hacer constar los actos concernientes al estado civil de las personas. De aquí su verdadero nombre, no Registro civil, sino «Registro del estado civil de las personas.»

«Estado civil es—según el art. 434 del Código de Guatemala—la capacidad de un individuo en cuanto se habilita para ejercer

---

(1) Base novena. El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones de nacimientos, matrimonios, reconocimientos y legitimaciones, de defunciones y naturalizaciones, y estará á cargo de los Jueces municipales ú otros funcionarios del orden civil en España, y de los agentes consulares ó diplomáticos en el extranjero.

Las actas del Registro serán la prueba del estado civil y sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido ó hubieran desaparecido los libros del Registro, ó cuando ante los Tribunales se suscite contienda.

Se mantendrá la obligación, garantida con sanción penal, de inscribir los actos ó facilitar las noticias necesarias para su inscripción tan pronto sea posible. No se dará efecto alguno legal á las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubieren sido concedidas.

ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles.» Luego Registro del estado civil será aquel en que consten inscritas ó anotadas las diversas fases ó aspectos de la capacidad jurídica de la persona.

No hay para qué hablar de la utilidad del Registro del estado civil, demostrada por su establecimiento en todos los países cultos; esta utilidad justificaría por sí sola la institución, si no tuviera además un fundamento científico: el derecho innegable del Estado para conocer la condición jurídica de los individuos pertenecientes á él. Toda sociedad puede y debe conocer la calidad de cada uno de sus miembros; con más razón ha de gozar el Estado de esta facultad. No implica esto ni un atentado, ni siquiera un olvido de los derechos de la Iglesia. Ésta podrá cuidar de fijar en sus registros determinados hechos (nacimiento, matrimonio, defunción) bajo el punto de vista religioso; no ha de ser esto obstáculo para que el Estado haga constar en el Registro esos mismos hechos (y otros) en lo que tienen de jurídicos, en lo que constituye su esencia, como actos referentes al estado civil.

Dos extremos comprende el art. 326: primero, actos concernientes al estado civil que deberán hacerse constar en el registro; segundo, funcionarios á cuyo cargo está éste confiado.

Menciona el artículo entre los primeros los siguientes: nacimiento, matrimonio, emancipación, reconocimiento y legitimación, naturalización y vecindad.

El nacimiento es el primer acto concerniente al estado civil de un individuo; el que origina este estado, puesto que hasta entonces no hay individuo, como expresa el art. 29 al decir que «el nacimiento determina la personalidad;» es innecesario, pues, manifestar que debe figurar con preferencia en el Registro.

El matrimonio es el segundo mencionado en el art. 326. El matrimonio produce, en efecto, una modificación en la condición jurídica de los cónyuges. La mujer, si es mayor de edad, pierde parte de sus derechos, que pasan á favor del esposo. Así, la mujer casada no puede comparecer en juicio, ni contratar, salvo las excepciones marcadas en la ley, sin licencia de su marido; éste, en cambio, adquiere la representación de su esposa y la facultad de otorgarla licencia para la celebración de actos y contratos. Si la esposa es menor de edad, pasa del poder de su padre, madre ó tutor, al de su marido, y aun siendo éste también menor, adquiere

por virtud del matrimonio ciertos derechos de que no gozaba antes. El matrimonio trae, por consiguiente, consigo, ya un aumento de capacidad, ya una disminución ó un cambio de ella; en una palabra, una nueva condición jurídica, ó sea un estado civil especial. Por esto procede su inserción en el Registro, determinada, no sólo en este artículo, sino en el 77, en el 78 y 79 con relación al matrimonio canónico (propiamente tal, *in articulo mortis* y secreto), y en el 100 con relación al civil.

Enumera el art. 326, á seguida del matrimonio, «las emancipaciones.» Sabido es que hay dos modos de emancipación: legal y voluntaria. Dentro de la legal encontramos como causa de emancipación la mayor edad y el matrimonio. ¿Deben éstos constar en el Registro? No, y nunca han figurado. La mayor edad, porque es consecuencia de otro hecho anterior (nacimiento), del que se deriva, no es hecho nuevo y distinto. Respecto de la emancipación por el matrimonio, constando éste ya, la emancipación es sólo el efecto, y por tanto no debe inscribirse ó anotarse sino la causa, el hecho que determina la nueva condición legal. Además, el art. 315 declara que el matrimonio produce *de derecho*, es decir, por el mero hecho de celebrarse, la emancipación; luego no precisa insertar ésta.

Donde dice el artículo «emancipaciones» debe, pues, leerse «emancipación,» porque se concreta á la voluntaria, otorgada por el padre ó la madre, cuya anotación exige el art. 316. Aquí, sí, puede hacerse constar la emancipación, porque esta misma es la causa, sin que sea producto de otro hecho precedente, no en el caso de la mayor edad ó del matrimonio, donde, repetimos, la emancipación es sólo el consiguiente de un antecedente (mayor edad ó matrimonio).

Son actos que deben constar también en el Registro el reconocimiento y la legitimación. Ninguna duda ofrece el reconocimiento de hijos naturales: prescribía ya su anotación el núm. 2.° del art. 60 de la ley del Registro. Ocurre, sí, respecto de los demás ilegítimos. ¿Deberá anotarse su reconocimiento? La citada ley nada dice en el indicado art. 60; sólo en su caso 3.° determina que se anotarán las ejecutorias de filiación. En este caso no existe cuestión. Nuestra pregunta se encamina al caso en que el reconocimiento se verifique por acto extrajudicial, y contestamos afirmativamente. El número 2.° del art. 140 del Código civil auto-

riza expresamente el reconocimiento de los hijos ilegítimos en sentido estricto; este reconocimiento determina una nueva condición jurídica de la persona, un nuevo estado civil: pues procede su consignación en el Registro.

Los Códigos extranjeros no contienen criterio conforme sobre este particular. El francés y el italiano hablan de acta de reconocimiento, excluyendo de éste á los adulterinos é incestuosos, y mencionando sólo al natural. En el mejicano, el cap. III del título IV del libro primero (referente á los actos del estado civil) lleva por epígrafe: «De los actos de reconocimiento de los hijos naturales.» Por el contrario, el de Guatemala habla del «Registro de hijos ilegítimos,» sin distinguir entre los naturales y los demás ilegítimos, distinción que tampoco establece al ocuparse de las clases de hijos (art. 227). El de Portugal encierra un precepto, que á primera vista parece hallarse en armonía con el de Guatemala; pero, por lo dispuesto en otros artículos, resulta de acuerdo con la doctrina del francés é italiano. «No será admitida—dice el artículo 2.467—en el Registro civil declaración de paternidad, maternidad ó descendencia de hijos ilegítimos, salvo cuando el padre ó madre, personalmente ó por procurador, hiciesen esta declaración y la firmasen.» El artículo habla en términos generales: «de los hijos ilegítimos;» pero el art. 122 exceptúa del reconocimiento, como hacen los Códigos francés, italiano y mejicano, á los hijos adulterinos y á los incestuosos.

Vemos, pues, que el Código de Guatemala, que extiende el reconocimiento á todos los ilegítimos sin establecer excepción alguna, habla también del registro de los mismos sin señalar distinción; por consiguiente, al Código español, que acepta el mismo criterio en cuanto al reconocimiento, no ha de suponérsele divorciado de él en lo que es una consecuencia de un principio. Por otra parte, el artículo habla de reconocimiento, sin asentar diferencia entre las diversas clases de hijos; no hay, pues, para qué distinguir.

La legitimación estaba ya comprendida dentro de los actos sujetos á anotación, conforme al núm. 1.º del art. 60 de la ley del Registro. Conviene tener en cuenta, respecto de la legitimación por subsiguiente matrimonio canónico, que, según la observación tercera de la instrucción de 26 de Abril de 1889, para la redacción del acta de celebración del matrimonio, debe consignarse

en dicha acta la manifestación de si los contrayentes tienen hijos naturales que han de legitimarse por el matrimonio, y los nombres de éstos.

Si el nacimiento determina el origen de la personalidad, la muerte produce su extinción. Son los hechos capitales de la personalidad del individuo, que deberá figurar por esta razón en el Registro del estado civil, y así lo ha comprendido el legislador al exigir la inscripción del nacimiento y de la defunción.

Hay otros actos concernientes al estado civil en extremo importantes, como quiera que suponen en realidad un nacimiento jurídico que pudiéramos decir: la naturalización y la adquisición de vecindad por un extranjero. Por virtud de cualquiera de éstos, la persona que los ejecuta adquiere una calidad legal distinta de la que antes tenía.

La necesidad de la inserción de estos actos en el Registro estaba ya consignada en los artículos 96 y siguientes de la ley del Registro, y lo exige también el art. 25 del Código.

¿Son los actos mencionados los únicos que deben constar en el Registro? No. Hay otros, cuya inserción exige ya el Código, ya la ley del Registro civil.

Entre los comprendidos en el primero se encuentran: manifestación de la voluntad de residir ó no residir en los territorios de derecho común para el efecto de ganar la vecindad, según el número 3.° del art. 15; manifestación de querer adquirir un extranjero la calidad de español (art. 19); sentencias firmes de nulidad ó divorcio del matrimonio canónico (art. 82 del Código y 18 de la instrucción de 26 de Abril de 1889); adopción (art. 179); emancipación por concesión del padre ó de la madre (art. 316); habilitación de edad (art. 323).

La ley del Registro (art. 60) declara sujetos á anotación, á más de los actos mencionados en el párrafo anterior y en el artículo 226 del Código, la interdicción de bienes, y en general, todos los que modifiquen el estado civil del ciudadano y no deban ser objeto de inscripción especial, según las disposiciones de la misma ley.

El art. 326 habla de inscripción y anotación: creemos que estos actos están sujetos á una y otra. Requieren inscripción: el nacimiento, matrimonio, defunción, naturalización, vecindad (tanto respecto del extranjero como del español de provincias de

derecho foral), sentencias de divorcio y de nulidad del matrimonio y la adopción; los demás actos jurídicos se harán constar por anotación.

El segundo extremo del artículo se refiere á los funcionarios encargados de llevar el Registro, determinados ya en el artículo 1.º de la ley del Registro (véase *Precedentes legales*), que son los Jueces municipales y los Agentes consulares y diplomáticos, y además la Dirección general de los Registros.

Establecido éste para determinar la condición jurídica de los individuos de una nación, dedúcese que los datos contenidos en sus asientos han de ser la prueba principal del estado civil de la persona, y sólo en su defecto, ó en caso de contienda judicial, serán admisibles las demás pruebas. Este precepto, comprensivo de una cualidad inherente al Registro, figuraba ya en los artículos 35 y 36 de la ley del Registro, y se encuentra consignado, aunque en términos distintos, en los Códigos de Francia (artículos 45 y 46), Italia (artículos 363 y 364), Méjico (art. 51), Guatemala (art. 435). El portugués incluye al Registro civil dentro del capítulo de la prueba documental, comprendiendo en sus artículos 2.441 y 2.442 doctrina análoga á la de los demás Códigos.

El Código español se ha divorciado de su precedente el artículo 45 de la ley del Registro civil al fijar el precepto del artículo 328. Antes era precisa la presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro civil: hoy basta la declaración del nacimiento.

Atendiendo al rigorismo de la ley, y aun al de la crítica, debe considerarse más ajustado al fin que llena el Registro el precepto derogado; pero el autor del Código ha querido mostrarse padre cariñoso más que legislador inflexible. El art. 66 de la ley del Registro era ancha puerta por donde pasaban con tolerancia sancionada por la costumbre, los infractores de la disposición del 45, y el Código ha querido suprimir la función que se representaba autorizando expresamente lo que contra la ley se observaba.

Los Códigos extranjeros no ofrecen un criterio uniforme sobre este particular. Los Códigos francés (art. 55), italiano (artículo 371), mejicano (art. 75) y portugués (art. 2.459) exigen la presentación: el de Guatemala no la exige, bastando, como en el nuestro, la declaración.

La disposición del art. 329 es puramente española, producto de la forma especial de celebración del matr imonio canónico consignada en el Código. El Juez municipal ó su delegado asiste á la celebración del matrimonio, con el solo fin—dice el art. 77—de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil; compréndese que los contrayentes sean los que faciliten al representante del Estado los datos necesarios para cumplir la obligación impuesta por el Código.

Estos son los determinados en el art. 9.° de la instrucción de 26 de Abril de 1889 (véase tomo II, apéndice 6.°).

Necesaria la inscripción de la naturalización para dar mayor fuerza al precepto de la ley, se encuentra la doctrina del art. 330, igual á la del art. 96 de la ley del Registro, no concediendo efecto legal á aquélla sino desde la fecha de la inscripción. «La adquisición de la nacionalidad—dice refiriéndose á este extremo el preámbulo de la ley provisional del Registro civil—no puede menos de partir de un momento preciso y fijo, en que se pierda la que antes se disfrutaba para lograr la nuevamente elegida, porque dos nacionalidades á un tiempo no se pueden tener; natural es—continúa el preámbulo—que el cambio empiece á producir sus efectos desde el día de la inscripción en el Registro civil.»

La ley del Registro (art. 43) concede á los inspectores de los Registros ordinarios y extraordinarios (los ordinarios son los Jueces de primera instancia) la facultad de corregir disciplinariamente con una multa que no exceda de 100 pesetas las faltas cometidas por los funcionarios encargados del Registro; pero no habla de las facultades de los Jueces municipales. ¿A qué casos se refiere esta atribución de los Jueces municipales? A no dudarlo, debe referirse al caso del matrimonio, cuando los contrayentes no suministren oportunamente los datos para el acta de la celebración.

El art. 332 se limita á declarar que continúa en vigor la llamada ley provisional del Registro civil de 17 de Junio de 1870, en unión—añadimos nosotros—del Reglamento de igual fecha y de multitud de disposiciones posteriores.

APÉNDICES

1.° (Art. 269.)

Juicio arbitral.—*Ley de Enjuiciamiento civil, libro segundo, título V.*—Art. 790. El nombramiento de Jueces árbitros, que para decidir cuestiones litigiosas puede hacerse por las personas y en los casos que se determinan en el art. 487, habrá de recaer precisamente en letrados, mayores de veinticinco años, que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles.

Art. 791. El número de los Jueces árbitros será siempre impar.

Si las partes convinieren en que sea uno solo, deberán elegirlo de común acuerdo.

Este mismo acuerdo deberá mediar para la elección de todos, ó por lo menos del tercero, si convinieren en que sean tres ó cinco, de cuyo número no podrá pasarse.

En ningún caso los interesados podrán conferir á una tercera persona la facultad de hacer la elección ó nombramiento de ninguno de los árbitros.

Art. 792. El compromiso habrá de formalizarse necesariamente en escritura pública, y será nulo en cualquiera otra forma en que se contrajere.

Art. 793. La escritura de compromiso habrá de contener precisamente, bajo pena de nulidad:

1.° Los nombres, profesión y domicilios de los que la otorguen.

2.° Los nombres, profesión y domicilios de los árbitros.

3.° El negocio que se someta al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias.

4.° El plazo en que los árbitros hayan de pronunciar la sentencia.

5.° La estipulación de una multa, que deberá pagar la parte que deje de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

6.° La estipulación de otra multa, que el que se alzare del fallo deberá pagar al que se conformare con él para poder ser oído.

7.° La designación del lugar en que habrá de seguirse el juicio.

8.° La fecha en que se otorgare el compromiso.

Art. 794. Otorgada la escritura, el notario autorizante, ú otro que dé fe del acto, la presentará á los árbitros para su aceptación.

De la aceptación ó de la negativa se extenderá á continuación diligencia, que firmarán los árbitros con el Notario.

Art. 795. Si alguno de los árbitros no aceptare, ó no reuniere las circunstancias exigidas por el art. 790, se procederá á su reemplazo en la forma prevenida para su nombramiento.

Cuando las partes no se pongan de acuerdo para dicho nombramiento, quedará sin efecto el compromiso.

Lo mismo se entenderá en el caso de que una parte no se preste á realizar el nombramiento después de tres días de haber sido requerida para ello por Notario á instancia de la otra. En este caso aquélla pagará á ésta la multa estipulada, conforme á lo prevenido en el núm. 5.° del art. 793.

Art. 796. La aceptación de los árbitros dará derecho á cada una de las partes para compelerlos á que cumplan con su encargo, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios.

Art. 797. En el caso del artículo anterior, el Juez de primera instancia del partido en que se siga ó deba seguirse el juicio arbitral, y en su defecto el del lugar donde resida cualquiera de los árbitros, prevendrá á éstos, á instancia de parte legítima, que procedan sin dilación al cumplimiento de su encargo, bajo apercibimiento de responder de los daños y perjuicios.

Si se oponen los árbitros, ó alegan alguna excusa, se sustanciará la oposición por los trámites y con los recursos establecidos para los incidentes, quedando mientras tanto en suspenso el término del compromiso.

Desestimada la oposición ó consentida aquella providencia, la parte perjudicada podrá entablar la demanda de daños y perjuicios contra el árbitro ó los árbitros que los hayan causado, la cual se sustanciará en el Juzgado de primera instancia por los trámites del juicio declarativo que corresponda.

Art. 798. Los árbitros sólo son recusables por causa que haya sobrevenido después del compromiso, ó que se ignorara al celebrarlo.

Art. 799. Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los demás Jueces.

La recusación debe hacerse ante ellos mismos.

Si no accedieren, la parte que la haya propuesto podrá repetirla ante el Juez de primera instancia del partido en que resida el árbitro recusado, ó cualquiera de ellos si fuere recusado más de uno.

Mientras se sustancia el incidente de recusación ante el Juez de primera instancia, quedará en suspenso el juicio arbitral, debiendo continuar después que sobre la recusación haya recaído ejecutoria.

Art. 800. El compromiso cesará en sus efectos:

1.° Por la voluntad unánime de los que lo contrajeron.

2.° Por el transcurso del término señalado en el compromiso, y de la prórroga en su caso, sin haberse pronunciado sentencia.

Si esto sucede por culpa de los árbitros, quedarán obligados á la indemnización de daños y perjuicios.

Art. 801. Si fallecieren los árbitros ó alguno de ellos, los interesados se pondrán de acuerdo para reemplazarlos en la forma designada para su nombramiento; á no ser que convengan en que dicten el fallo los que queden.

El juicio entre tanto quedará en suspenso para continuarlo después, en el estado en que se hallare.

Lo que resuelvan los interesados se consignará en escritura pública; y si no se ponen de acuerdo, quedará sin efecto el compromiso.

Art. 802. El término señalado en el compromiso para pronunciar sentencia, empezará á correr desde el día siguiente al de la última aceptación de los árbitros, á no ser que los interesados hubieren fijado el día en la escritura.

Art. 803. Podrán los interesados de común acuerdo prorrogar

dicho término, consignándolo en escritura pública, adicional a la de compromiso.

También podrán prorrogarlo los árbitros, cuando expresamente se les haya concedido esta facultad en la escritura; pero en este caso no podrá exceder la prórroga de la mitad del término señalado en el compromiso, y habrá de tomarse el acuerdo por unanimidad de votos.

Art. 804. Las actuaciones del juicio arbitral se verificarán por ante escribano del Juzgado de primera instancia, elegido por los árbitros, si no lo hubiesen designado los interesados de común acuerdo.

Art. 805. Los árbitros señalarán á los interesados un plazo, que no podrá exceder de la cuarta parte, fijado en la escritura, para formular sus pretensiones y presentar los documentos en que las apoyen.

Si alguno de los interesados no lo hiciere, continuará el juicio en su rebeldía, sin perjuicio de exigirle la multa estipulada por haber dejado de cumplir con los actos indispensables para la realización del compromiso.

En cualquier estado del juicio en que comparezca el rebelde, será oído, pero sin que en ningún caso pueda retroceder la sustanciación.

Art. 806. Las pretensiones y documentos que se presentaren se comunicarán mutuamente á las partes por medio de las copias que han de acompañarse conforme á lo prevenido en los artículos 515 y siguientes, concediéndoles para impugnarlas un término que no podrá exceder de la cuarta parte del señalado en el artículo anterior para formularlas.

Art. 807. Dentro de dicho término, cada interesado podrá impugnar las pretensiones del contrario y presentar los documentos que creyere necesarios al efecto.

En estos escritos manifestarán si estiman ó no necesario el recibimiento á prueba.

Art. 808. Luego que transcurran los términos concedidos para formular las pretensiones é impugnarlas, los árbitros recibirán el pleito á prueba si lo hubieren solicitado ambas partes, ó si no hubiere conformidad entre ellas sobre hechos de directa y conocida influencia en las cuestiones objeto del pleito.

Art. 809. Aunque ninguna de las partes hubiere pedido el re-

cibimiento á prueba, los árbitros podrán acordarlo, determinando los hechos á que deba contraerse.

En este caso, la prueba no podrá ampliarse á ningún otro punto.

Art. 810. El término de prueba no podrá exceder de la cuarta parte del señalado en el compromiso.

Será común proponerla y practicarla, y dentro de él habrá de hacerse también la prueba de tachas en su caso.

Art. 811. Son admisibles en el juicio arbitral los mismos medios de prueba que en el ordinario de mayor cuantía, y las diligencias que se propongan se practicarán con igual solemnidad y en la misma forma.

Se permitirá á los interesados sacar copias ó notas de las pruebas que se ejecuten.

Art. 812. Para las diligencias de prueba que no puedan practicar por sí mismos los árbitros, impetrarán el auxilio del Juez de primera instancia, el cual expedirá los nombramientos, exhortos y demás despachos que sean necesarios.

Art. 813. Concluído el término de prueba y unidas á los autos las que se hubiesen practicado, los árbitros citarán á las partes para sentencia.

Antes de pronunciada, podrán oir á las partes ó á sus letrados, si lo creen necesario ó aquéllas lo solicitan, señalando día para la vista.

Art. 814. Los árbitros, antes de pronunciar su fallo, podrán acordar para mejor proveer la práctica de cualquiera de las diligencias expresadas en el art. 340.

Art. 815. Los árbitros pronunciarán su fallo sobre todos los puntos sujetos á su decisión, dentro del plazo que reste por correr del señalado en el compromiso, ó de su prórroga, si se hubiere otorgado.

Art. 816. La sentencia arbitral deberá ser conforme á derecho y á lo alegado y probado, y se dictará en la forma y con las solemnidades prevenidas para las de los juicios ordinarios.

Art. 817. El voto de la mayoría absoluta de los árbitros hará sentencia cuando sea más de uno.

Si no resultare mayoría de votos conformes, se extenderá en los autos el voto de cada árbitro en forma de sentencia.

Los puntos en que discordasen se someterán á la resolución

del Juez de primera instancia del partido, y será sentencia lo que éste acordare, fuere ó no conforme con el voto de cualquiera de los árbitros.

Art. 818. La sentencia de los árbitros, ó la que en su caso dictare el Juez de primera instancia, será apelable en ambos efectos para ante la Audiencia del distrito.

Art. 819. Dicha apelación deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la sentencia arbitral, ó de la del Juez de primera instancia en su caso.

Al interponerla, ó dentro de los tres días siguientes, deberá el apelante acreditar que ha satisfecho, á la parte que se hubiere conformado con el fallo, la multa estipulada para este caso en el compromiso, ó consignarla en la escribanía para que le sea entregada, sin cuyo requisito no será admitida la apelación, y quedará firme la sentencia.

Art. 820. Si las dos partes hubieren apelado de la sentencia, ninguna de ellas pagará la multa.

Si el apelado, después de haber recibido la multa, se adhiriese á la apelación en el Tribunal superior, la devolverá al apelante con el interés legal.

Art. 821. Contra las providencias que dictaren los árbitros durante la sustanciación del juicio, no se dará otro recurso que el de reposición dentro de cinco días.

Si ésta fuere desestimada, y la reclamación versare sobre defectos en la forma del compromiso ó en los procedimientos, que puedan afectar á la validez del juicio, podrá interponerse el recurso de nulidad juntamente con el de apelación de la sentencia.

Art. 822. Admitida la apelación con el recurso de nulidad en su caso, se practicará lo que se ordena en el art. 387, remitiéndose los autos á la Audiencia por conducto del Juez de primera instancia.

Art. 823. La sustanciación de estas apelaciones se acomodará á las reglas establecidas para las de sentencias definitivas en juicios de mayor cuantía.

Contra la sentencia que dicte la Audiencia se dará el recurso de casación en los casos y en la forma en que procede en dichos juicios.

Art. 824. Cuando se celebre el compromiso para fallar un

pleito incoado ya y pendiente en primera instancia, luego que se presente la escritura de compromiso con la aceptación de los árbitros, mandará el Juez que pase á éstos el conocimiento de los autos, dándoles cuenta el actuario en cuyo oficio hubieren radicado.

Art. 825. Si el compromiso se celebrare para fallar un pleito pendiente en segunda instancia, los árbitros continuarán su sustanciación con arreglo á derecho, y su fallo surtirá los mismos efectos que el de la Audiencia.

Art. 826. Contra este fallo se dará el recurso de casación en los casos y con los requisitos que procede contra las sentencias de las Audiencias en los juicios ordinarios.

En este caso no se admitirá dicho recurso si, al interponerlo, no acredita el recurrente haber satisfecho á la otra parte la multa estipulada en el compromiso.

2.° (Art. 272.)

De las subastas voluntarias judiciales.—*Ley de Enjuiciamiento civil, libro tercero, tít. XIII.*—Art. 2.048. El que solicite la celebración de alguna subasta judicial, deberá acreditar, exhibiendo los documentos adecuados al objeto:

1.° Que tiene capacidad legal para el contrato que se propone celebrar.

2.° Que puede disponer de la cosa ú objeto en la forma que intenta por medio de la subasta.

Art. 2.049. Con el escrito en que se pida la celebración de la subasta, se presentará el pliego de condiciones con arreglo á las cuales haya de celebrarse.

Art. 2.050. Acreditados los extremos indicados en el art. 2.048, el Juez accederá al anuncio de la subasta en la forma y bajo las condiciones que propusiere el que la haya solicitado; señalará día y hora para su celebración; mandará que se fijen edictos en los sitios de costumbre y en el pueblo en que radiquen las fincas ó haya de ejecutarse el contrato, y que se publiquen en los periódicos que hubiese designado el peticionario.

En los edictos se expresará que el pliego de condiciones y los

títulos de propiedad quedan de manifiesto en la escribanía para instrucción de los que quieran interesarse en la subasta.

Art. 2.051. Si se presentare alguna proposición admisible, por ser conforme á las condiciones fijadas en el pliego, la admitirá el Juez, como también las que después se hicieren mejorando la postura. Terminado el acto, adjudicará el remate al único ó mejor postor, á no ser que el que solicite la subasta se hubiere reservado expresamente el derecho de aprobarla, en cuyo caso se le dará vista del expediente para que en el término de tercero día pida lo que le interese.

Igual comunicación se le dará en el caso de que por algún licitador se hiciere la oferta de aceptar el remate, modificando alguna de las condiciones.

Art. 2.052. Aceptando el que promovió el expediente la proposición á que se refiere el segundo párrafo del artículo anterior, se dictará auto, teniendo por celebrado el remate á favor del autor de la proposición, y se mandará llevarla á efecto.

En el caso de no admitirla, manifestará si aprueba el remate ó quiere que se celebre nueva subasta bajo las mismas condiciones ó las que tenga por conveniente fijar, ó si desiste de su propósito.

Art. 2.053. Cuando haya de celebrarse nueva subasta, se prevendrá en los anuncios que son forzosamente admisibles las posturas que se hagan, siempre que cubran el tipo mínimo que hubiere fijado el que la haya promovido.

Art. 2.054. Si en este segundo remate no hubiere postor, el interesado quedará en libertad para hacer lo que crea más conveniente, sin que pueda accederse á tercera subasta hasta que transcurra un año, después del cual podrá pedir que se instruya nuevo expediente con el mismo objeto.

Art. 2.055. Las cuestiones que se suscitaren con ocasión de la subasta, se sustanciarán por los trámites establecidos para los incidentes.

De las operaciones de Bolsa.—*Código de Comercio, libro primero, título V, Sección 2.ª*—Art. 74. Todos, sean ó no comerciantes, podrán contratar sin intervención de Agente de cambio colegiado, las operaciones sobre efectos públicos, ó sobre valores industriales ó mercantiles; pero tales contratos no tendrán otro valor que el que naciere de su forma y les otorgare la ley común.

Art. 75. Las operaciones que se hicieren en Bolsa se cumplirán con las condiciones y en el modo y forma que hubiesen convenido los contratantes, pudiendo ser al contado ó á plazo, en firme ó á voluntad, con prima ó sin ella, expresando al anunciarlas las condiciones que en cada una se hubiesen estipulado.

De todas estas operaciones nacerán acciones y obligaciones exigibles ante los Tribunales.

Art. 76. Las operaciones al contado hechas en Bolsa se deberán consumar el mismo día de su celebración, ó á lo más en el tiempo que medie hasta la reunión siguiente de Bolsa.

El cedente estará obligado á entregar, sin otra dilación, los efectos ó valores vendidos, y el tomador á recibirlos, satisfaciendo su precio en el acto.

Las operaciones á plazo y las condicionales se consumarán de la misma manera en la época de la liquidación convenida.

Art. 77. Si las transacciones se hicieren por mediación de Agente de cambio colegiado, callando éste el nombre del comitente, ó entre Agente con la misma condición, y el Agente colegiado, vendedor ó comprador, demorase el cumplimiento de lo convenido, el perjudicado por la demora podrá optar en la Bolsa inmediata entre el abandono del contrato, denunciándolo á la Junta sindical, ó el cumplimiento del mismo.

En este último caso se consumará con la intervención de uno de los individuos de la Junta sindical, comprando ó vendiendo los efectos públicos convenidos, por cuenta y riesgo del Agente moroso, sin perjuicio de la repetición de éste contra el comitente.

La Junta sindical ordenará la realización de la parte de fianza del Agente moroso necesaria para satisfacer inmediatamente estas diferencias.

En las negociaciones sobre valores industriales y mercantiles, metales ó mercaderías, el que demore ó rehuse el cumplimiento de un contrato será compelido á cumplirlo por las actuaciones que nazcan, según las prescripciones de este Código.

Art. 78. Convenida cada operación cotizable, el Agente de cambio que hubiere intervenido en ella la extenderá en una nota firmada, entregándola acto continuo al anunciador, quien, después de leerla al público en alta voz, la pasará á la Junta sindical.

Art. 79. Las operaciones que se hicieren por Agente colegiado sobre valores ó efectos públicos se anunciarán de viva voz en el acto mismo en que queden convenidas, sin perjuicio de pasar la correspondiente nota á la Junta sindical.

De los demás contratos se dará noticia en el *Boletín de cotización*, expresando el precio máximo y mínimo en las compras de mercaderías, transportes y fletamentos, el tipo de descuento y el de los cambios en los giros y préstamos.

Art. 80. La Junta sindical se reunirá transcurridas las horas de Bolsa, y en vista de las negociaciones de efectos públicos que resulten, de las notas entregadas por los Agentes colegiados, y con la noticia de las ventas y demás operaciones intervenidas por los mismos, extenderá el acta de la cotización, remitiendo una copia certificada al Registro mercantil.

3.° (Art. 278.)

Real decreto de 19 *de Mayo, reglamentando la hospitalidad de los dementes, ya ingresen en los manicomios, en observación, ya en reclusión definitiva.*—De conformidad con lo que, de acuerdo con el Consejo de Ministros, me ha propuesto el de la Gobernación, oído el Real Consejo de Sanidad, la Real Academia de Medicina, y las Secciones de Gobernación y de Estado y Gracia y Justicia del Consejo de Estado, vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° La hospitalidad á los dementes se concederá en dos términos:

1.° De observación.

2.° De reclusión definitiva.

Art. 2.° En ningún caso serán admitidos dementes en observación en los establecimientos de Beneficencia general, pero podrán ingresar, con las formalidades que establece este decreto, en los provinciales, municipales y particulares.

Art. 3.° Para que un presunto alienado pueda ser admitido en observación, será preciso que lo solicite el pariente más inmediato del enfermo, justificando la necesidad ó conveniencia de la reclusión por medio de un certificado expedido por dos Doctores

ó Licenciados en Medicina, visado por el Subdelegado de esta Facultad en el distrito, é informado por el Alcalde.

Estas solicitudes deberán presentarse á la Diputación provincial si el establecimiento pertenece á la provincia, y al Ayuntamiento si es municipal.

Las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos cuidarán de habilitar un local con las convenientes condiciones para recluir á los dementes en observación, donde puedan permanecer hasta que se les conduzca á un manicomio en clase de reclusos permanentes. En los establecimientos particulares la admisión se sujetará á lo que determinen los reglamentos especiales que previamente deberá aprobar el Gobierno, pero siempre previa la presentación de los documentos de que habla este decreto.

Los profesores de Medicina que expidan la certificación expresiva del estado del enfermo no podrán ser parientes dentro del cuarto grado civil de la persona que formule la petición, del director administrativo ni de ninguno de los facultativos del establecimiento en que deba efectuarse la observación.

Cuando la observación haya de hacerse en casa particular, los médicos que expidan la certificación no podrán tampoco ser parientes dentro del mismo grado del propietario ó propietarios del establecimiento.

Los directores de los establecimientos tienen la obligación de dar conocimiento al Gobernador de la provincia respectiva, ó al Alcalde, según esté el manicomio en la capital de la provincia ó en uno de sus pueblos, en el preciso término de tres horas, á contar desde el momento del ingreso del presunto alienado, expresando el nombre y naturaleza de éste, el de la persona que haya solicitado la admisión, y el nombre de los facultativos que hayan certificado acerca de la necesidad ó conveniencia de recluir al enfermo.

Art. 4.° La observación, sin más requisitos que los ya expresados, sólo podrá ser consentida una vez; y si en cualquier tiempo la persona que haya estado sujeta á ella presentase de nuevo síntomas de demencia, será indispensable, para volverla á someter á observación, instruir el oportuno expediente judicial.

Art. 5.° El ingreso en observación de dementes, en la forma establecida, no podrá tener efecto sino en casos de verdadera y notoria urgencia, declarados así en los informes del Alcalde y

Subdelegado de Medicina. Mientras el presunto demente pueda permanecer en su casa sin peligro para los individuos de la familia, sin causar molestias excesivas á personas que vivan en las habitaciones contiguas, ó sin perjuicio evidente para la salud del mismo paciente, no podrá ser recluído, á menos que lo acuerde el Juzgado de primera instancia respectivo, previa la instrucción del oportuno expediente.

Art. 6.° Tan luego como un enfermo ingrese en un establecimiento, deberá incoarse, bien por la familia, ó de oficio en caso de que el presunto alienado carezca de parientes ó en el de que éstos se hallen ausentes, el expediente judicial para la reclusión definitiva, á fin de que, espirado el plazo de tres meses, ó de seis en casos dudosos, se expida por el facultativo ó facultativos del manicomio en que la observación tuviere lugar, el oportuno certificado informativo.

Este certificado deberá ser entregado á la persona que solicitó la clausura del demente el mismo día que termine dicho plazo, para que inmediatamente pueda ser presentado al Juzgado, el cual, á su vez habrá de dictar la resolución que proceda dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Art. 7.° Para la admisión definitiva de un demente será preciso expediente instruído ante el Juez de primera instancia, en el cual se justifique la enfermedad y la necesidad ó conveniencia de la reclusión del alienado.

Art. 8.° Las peticiones, tanto de observación como de ingreso definitivo en un hospital, deberán hacerse por el pariente más inmediato del demente, ó de oficio si se trata de una persona que carezca de familia, se halle lejos ó separado de ésta. En los expedientes de reclusión se oirá precisamente á los parientes, emplazándolos por el término de un mes, pasado el cual se resolverá, con ó sin su audiencia si no hubiesen comparecido.

Art. 9.° Los procesados por los Tribunales que sean declarados dementes y mandados recluir serán admitidos en los establecimientos á petición de la Autoridad correspondiente, previa la revisión de testimonio del tanto de la condena.

Para estos alienados se destinará en los manicomios un departamento separado que reúna las convenientes condiciones de seguridad.

Art. 10. Los particulares ó asociaciones que sostengan ó fun-

den un establecimiento con destino á albergue de dementes deberán someter á la aprobación del Gobierno sus respectivos reglamentos, y funcionarán con arreglo á lo que en ellos se establezca.

Esta obligación se hace extensiva á los que en la actualidad tengan establecidos manicomios ó casas de salud.

Art. 11. Los particulares que sin tener establecido hospital de dementes se hagan cargo de éstos para atender á su cuidado y curación deberán siempre noticiarlo al Gobernador ó Alcalde si no residiesen en la capital de la provincia, dentro del preciso término de veinticuatro horas, contadas desde la admisión del alienado, y quedarán sujetos á la responsabilidad que marca el Código penal si incurriesen en falta ó delito por secuestro inmotivado ó cualquiera otra causa, respondiendo asimismo de los daños que produzcan los dementes por razón de abandono ó negligencia en la custodia de los mismos.

Art. 12. La alta inspección de los asilos de dementes, de cualquier clase y grado que sean, corresponde al Ministro de la Gobernación y Director general de Beneficencia y Sanidad, y en representación de éstos, al funcionario en quienes deleguen.

Los Gobernadores civiles de provincia, por sí ó por medio de delegados idóneos, la Autoridad local y los Subdelegados de Medicina vigilarán constantemente los establecimientos de dementes, siendo facultad de los primeros corregir inmediatamente las faltas que observen, poniendo en conocimiento de los Tribunales las que á su juicio revistan carácter de delito.

Para estos mismos efectos, así los Alcaldes como los Subdelegados de Medicina deberán dar cuenta al Gobernador respectivo de lo que hayan observado y merezca ser corregido en el mismo día en que practiquen las visitas. Se cuidará de que en los establecimientos y casas particulares de salud no se tenga noticia anticipada de las mencionadas visitas.

Estas inspecciones deben hacerse con la frecuencia posible por las Autoridades gubernativas. Los Subdelegados de Medicina las practicarán, por lo menos, una vez al mes si el manicomio ó casa particular se halla situado dentro del término municipal del punto de su residencia, y cada trimestre si está fuera de dicho término.

Art. 13. Los Directores de los manicomios no oficiales y los

de casas particulares de curación deberán dar conocimiento al Gobernador ó al Alcalde según los casos, en el término de veinticuatro horas, de la salida de los enfermos que tuviesen á su cuidado, con expresión de la causa que la motive, cualquiera que sea ésta.

Art. 14. En las casas de curación no podrá haber más de cuatro enfermos; y los particulares que quieran albergar á mayor número de alienados tendrán que cumplir, para obtener el correspondiente permiso, con la obligación impuesta en este decreto de presentar sus reglamentos á la aprobación del Gobierno.

Art. 15. Corresponde al Ministro de la Gobernación autorizar la reclusión de los individuos del Ejército á quienes por haber perdido la razón se expida la licencia absoluta, puesto que, cesando respecto de ellos la jurisdicción de guerra, adquieren las familias de los enfermos el derecho de curatela, y quedan sujetos, por lo tanto, para su admisión en los manicomios á los mismos trámites establecidos por la jurisdicción civil.

En el caso de carecer de parientes á quienes pueda entregarlos la Autoridad militar, lo hará ésta á los Gobernadores civiles ó Alcaldes, á los efectos marcados en este decreto y que se relacionan con los dementes abandonados, pero siempre acompañando testimonio de la providencia en virtud de la cual fueron declarados dementes.

Art. 16. Será indispensable observar lo dispuesto en este decreto para recluir en un manicomio á los individuos del Ejército que padezcan enajenación mental, aun cuando por esta causa se les expida la licencia absoluta, sin perjuicio de que, en caso de recobrar la razón, vuelvan al Ejército si les corresponde y reúnen las condiciones reglamentarias para ello.

Artículo adicional. En el término de un mes, á contar desde la publicación de este decreto, los dueños de los manicomios particulares deberán presentar en el Ministerio de la Gobernación, Dirección general de Beneficencia y Sanidad, por conducto del Gobernador de la provincia en que estén situados los establecimientos, sus respectivos reglamentos, para que sobre ellos recaiga la debida aprobación. A dicho reglamento acompañará una relación detallada de los enfermos que tengan á su cuidado, con todos los antecedentes de la dolencia que sufren, fecha del

ingreso en el Asilo, nombre de las personas que pidieron el ingreso y que satisfacen las pensiones.

Las casas de salud presentarán en el mismo plazo la relación indicada en el párrafo anterior.

Estos documentos se presentarán por duplicado.

Dado en Palacio á diez y nueve de Mayo de mil ochocientos ochenta y cinco.—ALFONSO.—El Ministro de la Gobernación, *Francisco Romero Robledo*. (*Gaceta* de 21 de Mayo, y rectificación de la del 22.)

4.° (Art. 293.)

Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 8 *de Mayo de* 1889 (*Gaceta* 9 *idem*).—Las reformas introducidas por el Código en nuestro antiguo derecho respecto á la protección de la persona y bienes de los menores de edad é incapacitados son tan radicales, que solicitan especial atención de parte del Ministerio fiscal, llamado en la esfera de sus atribuciones á facilitar su más aceptado planteamiento.

Suprimida la curaduría, queda para lo sucesivo únicamente la tutela, según el art. 199, para la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes, de los que según el siguiente artículo, están sujetos á ella, son á saber: los menores de edad, los locos, dementes, sordomudos y pródigos, y los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.

El hecho de la menor edad y el de dictarse sentencia condenatoria, determinan la necesidad de la tutela respecto á los menores é interdictos; pero los demás incapaces no pueden ser sometidos á ella, sino precediendo declaración de incapacidad, hecha en la forma prescrita por las secciones 2.ª y 3.ª, capítulo III, título IX, libro primero del Código.

La intervención del Ministerio fiscal en ese acto está regulada perfecta y claramente, previniéndose la diversa posición que puede ocupar. Tratándose de incapacidades por razón de locura, demencia ó sordomudez ha de intervenir forzosamente, ya como actor que inste la declaración de incapacidad, en cumplimiento de la obligación que le impone la primera parte del art. 215, ya como defensor del presunto incapaz, conforme á su párrafo último.

Tratándose de la prodigalidad, su intervención no es necesaria sino cuando, conforme al art. 222, debe pedir que se declare, obrando así en beneficio de los que por ser menores ó incapacitados no podrían pedirlo por sí mismos, y cuando por haber promovido un tercero la declaración y demandado no compareciere, le confía la ley de su defensa. De suerte que el Ministerio fiscal está suficientemente facultado para cumplir su elevada misión en esta materia, que consiste en procurar el beneficio de la tutela á los incapacitados, y librar de su yugo á los que indebidamente quisieren imponérsela.

La constitución de la tutela y su ejercicio ha cambiado radicalmente. No puede haber más que un tutor, salvo el caso previsto en el art. 210, el cual obra bajo la vigilancia de un protutor, cargo nuevamente creado, y de un consejo de familia, también de nueva creación, siendo de esperar que estas dos entidades que entran á formar parte de la tutela respondan á los fines del legislador y contribuyan á mejorar la condición de los tutelados y fortificar los vínculos de familia. Este consejo asume hoy las facultades anteriormente confiadas á la autoridad judicial, tanto respecto á la constitución como al ejercicio de la tutela, quedando tan sólo á dicha autoridad la facultad que le otorga el art. 203 para proveer interinamente al cuidado de la persona y bienes muebles de los que no tuvieren tutor, la alta inspección que le confieren los artículos 292 y 296, y la decisión, en vía judicial, de las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de los acuerdos que dicho consejo adopte.

El consejo de familia viene á ser por tanto la base sobre que descansa la tutela, é importa por lo mismo que su constitución se ajuste por entero á los preceptos y al espíritu de la ley, que ha procurado formarle con personas tales que garanticen la rectitud y moralidad de sus acuerdos y decisiones. Los Fiscales municipales, á quienes el art. 293 da intervención en este acto, no cumplirían su cometido limitándose á pedir la constitución del consejo; deberán además velar cuidadosamente para que se cumpla lo dispuesto en los artículos 294 y 295, oponiéndose, si fuere preciso, á que formen parte del mismo personas distintas de las llamadas por la ley, y menos aún de las inhabilitadas para ello á tenor de lo dispuesto en el art. 298.

La intervención judicial y la del Ministerio fiscal cesa desde

que el consejo queda constituído, salvo el caso singular en que, según el art. 302, debe presidirlo el Fiscal municipal; por cuya razón sería ocioso decir cosa alguna respecto al modo de darse tutor, si no fuera porque el art. 228 impone á dicho Ministerio el deber de pedir su nombramiento para los condenados en la pena de interdicción civil. A este propósito importa tener en cuenta que, defiriéndose la tutela por testamento, por la ley ó por nombramiento del consejo de familia, y correspondiendo á éste la facultad de declarar la preferencia que deba darse entre varios tutores testamentarios, cuando hubiere más de uno en identidad de circunstancias, y no atribuyéndose á los Jueces la facultad de designar, sin forma de juicio, la persona que en cada caso concreto deba reputarse llamada á la tutela por el testador ó por la ley, al consejo por analogía debe reconocerse esa facultad.

Así, pues, los Fiscales de las Audiencias, tan luego como fuere firme una sentencia en que se imponga la pena de interdicción civil á una persona que no estuviere sometida á la patria potestad ó ya sujeta á la tutela, y á quien por ello deba darse tutor, ordenarán al Fiscal municipal del domicilio del reo que promueva la formación del consejo de familia, á fin de que por éste se constituya la tutela que procediere, ya legítima, ya dativa, encargándole que le dé parte de quedar constituída.

En un solo caso está el Ministerio fiscal llamado á suplir la negligencia de los tutores, protutores y consejos de familia, es á saber: cuando, conforme al art. 1.353, debe, si ellos no lo hicieren, pedir que el marido de una mujer menor de edad constituya hipoteca dotal.

Fuera de los casos expresados no llama el Código por modo directo al Ministerio fiscal á intervenir en la tutela; pero teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1.815 de la ley de Enjuiciamiento civil, debe interponer su oficio y ser oído en los incidentes que ocurran durante su curso de que conocieren los Jueces por acto de jurisdicción voluntaria, porque han de referirse ya á la persona, ya á los bienes del menor ó incapacitado, que están bajo la protección de la Autoridad.

5.º (Art. 313.)

Papel sellado en las actas y constitución del consejo.—*Circular de la Dirección general de Contribuciones indirectas.*—El Excmo. Sr Ministro de Hacienda se ha servido comunicar á esta Dirección general, con fecha 11 del corriente mes, la Real orden que sigue:

«Excmo. Sr.: Vistas las consultas elevadas por los Jueces de primera instancia de los partidos de Don Benito y de Torrelavega y por la Administración de Contribuciones de la provincia de Teruel, relativas á que se determine, con arreglo á la ley del impuesto del timbre, la clase de éste que ha de emplearse por el consejo de familia en sus acuerdos y funciones:

Considerando que el consejo de familia introducido en nuestra legislación por el moderno Código civil es una institución de carácter legal encargada de aplicar y realizar el derecho que asiste á los menores é incapacitados en sus personas y bienes, ejerciendo para ello actos de verdadera tutela, de la que puede considerarse como complementaria dicho consejo:

Considerando que por ello debe estimarse que al referido consejo de familia han pasado ciertas facultades y atribuciones que antes tenían á su cargo los Jueces de primera instancia, como actos de jurisdicción voluntaria y que afectaban á la persona y bienes de los indicados menores é incapacitados, sin que por ello haya variado la naturaleza de estos actos, puesto que la única diferencia introducida se concreta á la autoridad encargada de realizarlos, que si antes correspondía á la judicial exclusivamente, hoy corresponde en primer término á la privada del referido consejo de familia:

Considerando que, esto sentado, hay que estimar al consejo con arreglo al Código en tres actos ó tiempos distintos: el primero en su formación ó constitución, que se realiza mediante la intervención del Juez municipal, que es el llamado á constituirlo legalmente; el segundo en el que el consejo, ya constituído, fun-

ciona con completa libertad é independencia, ejerciendo las facultades y atribuciones que el Código le encomienda; y el tercero cuando los acuerdos ó resoluciones del consejo son apelados para ante el Juez de primera instancia, conforme determina el artículo 310 del citado Código:

Considerando que, estudiado el consejo en su constitución para determinar la clase de papel que debe emplearse en las diligencias que con dicho objeto se practiquen, no puede ofrecerse duda alguna de que aquél debe ser el determinado en el artículo 46 (hoy 112) de la ley del Timbre para los actos de jurisdicción voluntaria, por cuanto de esta naturaleza es el acto que en aquel momento se realiza, conforme á lo dispuesto en el art. 1.811 de la de Enjuiciamiento civil:

Considerando que, esto no obstante, cuando el consejo se constituyese de oficio á petición del Ministerio público, conforme dispone el art. 293 del Código, lo procedente es usar el papel de la clase de oficio, sin perjuicio del reintegro por quien corresponda en el de dos pesetas:

Considerando que, una vez constituído el consejo, las actas de las sesiones que celebre deben ser extendidas en papel de dos pesetas por la analogía que existe entre las facultades que el Código le señala y las que antes ejercían los Jueces cerca de las personas y bienes sujetos á la tutela: siendo también digno de tenerse en cuenta que dichos actos han de surtir efecto en muchos casos en los Tribunales y oficinas públicas:

Considerando que en los casos de apelación de los acuerdos y resoluciones del consejo para ante el Juez de primera instancia, ya se trate de apelación que especialmente se concede al tutor por el art. 299 del Código ó de la general que determina el art. 310 para todos los actos y decisiones del consejo, el papel que debe emplearse es el señalado en los artículos 36 y 42 de la ley del Timbre, según que pueda ó no fijarse la cuantía del asunto:

Considerando que abona esta opinión el que, según sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1872, desde el momento en que en los expedientes de jurisdicción voluntaria hay oposición se hacen contenciosos y quedan sujetos á los trámites del juicio correspondiente; doctrina que está asimismo en armo-

nía con lo dispuesto en el art. 1.817 de la ley de Enjuiciamiento civil, que determina el que si á la solicitud promovida se hiciese oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente;

El Rey (Q. D. G), y en su nombre la Reina Regente del Reino, en vista de lo propuesto por esa Dirección general y de conformidad con lo informado por la de lo Contencioso del Estado, ha tenido á bien declarar:

Primero. Que las diligencias que se practiquen para la constitución del consejo de familia deben extenderse en papel de dos pesetas, con arreglo á lo dispuesto en el art. 46 (hoy 112) de la ley del Timbre.

Segundo. Que si el consejo se constituyese de oficio, á petición del Ministerio fiscal, el papel que se emplee sea de oficio, sin perjuicio en su día del reintegro por el de dos pesetas.

Tercero. Que las actas de sesiones del consejo deben asimismo extenderse en papel de dos pesetas; y

Cuarto. Que en los casos de apelación para ante el Juzgado de primera instancia de las resoluciones y acuerdos del consejo, se esté, para el papel que debe emplearse, á lo que disponen los artículos 36 y 42 (hoy 98 y 106) de la ley vigente sobre impuesto del Timbre (1).

De Real orden lo digo á V. E. para su inteligencia y fines consiguientes.»

Y lo traslado á V. S. para iguales fines, esperando que con la brevedad posible disponga se inserte en el *Boletín Oficial* de esa

---

(1) *Ley del Timbre de* 15 *de Septiembre de* 1892. — Art. 98. Los escritos de los interesados ó de sus representantes, los juicios de desahucio, los autos, providencias y sentencias de los Jueces y Tribunales ordinarios y Contencioso-administrativos en todos sus grados, que se dicten durante la sustanciación y hasta la terminación definitiva de cualquier negocio civil sometido ó que se someta á la jurisdicción contenciosa ó que tenga por objeto la formalización de la demanda, así como las compulsas literales ó en relación que se libren, incluso las que expidan los Notarios por mandato judicial para asunto contencioso, se extenderán sin excepción alguna en papel timbrado de un mismo precio, y con arreglo á la cuantía de la cosa evaluada ó cantidad material y determinada del litigio, con sujeción á la escala siguiente:

provincia, dando cuenta de haberlo verificado. Dios guarde á V. S. muchos años. Madrid, 22 de Abril de 1890.—El Director general, *Juan Navarro Reverter*.

CUANTÍA DEL JUICIO	Clases de timbre.	Precio. — *Pesetas*
Hasta 50 pesetas.	14.ª	0,10
Desde 50,01 hasta 1.500..	13.ª	0,75
Desde 1.500,01 hasta 10.000..	12.ª	1
Desde 10.000,01 hasta 50.000..	11.ª	2
Desde 50.000 01 hasta 100.000..	10.ª	3
Desde 100.000,01 hasta 250.000..	9.ª	4
Desde 250.000.01 hasta 500.000..	8.ª	5
Desde 500.000,01 en adelante.....	7.ª	7

Art. 106. Se empleará el timbre de 3 pesetas, clase 10.ª:

1.° En los pleitos cuya cuantía sea inestimable ó no pueda determinarse por las reglas de los artículos precedentes.

2.° En los relativos á derechos políticos ú honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que tengan por objeto el estado civil y condición de las personas.

3.° En las calificaciones de juicios de quiebra de que trata el art. 895 del Código mercantil.

TEXTO LITERAL DE LOS ARTÍCULOS

DEL CÓDIGO CIVIL

QUE CONTIENE ESTE TOMO

TÍTULO IX

DE LA TUTELA

CAPÍTULO VIII

Del afianzamiento de la tutela.

Art. 252. El tutor, antes de que se le defiera el cargo, prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión.

Art. 253. La fianza deberá ser hipotecaria ó pignoraticia.

Sólo se admitirá la personal cuando fuese imposible constituir alguna de las anteriores. La garantía que presten los fiadores no impedirá la adopción de cualesquiera determinaciones útiles para la conservación de los bienes del menor ó incapacitado.

Art. 254. La fianza deberá asegurar:

1.° El importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor.

2.° Las rentas ó productos que durante un año rindieren los bienes del menor ó incapacitado.

3.° Las utilidades que durante un año pueda percibir el menor de cualquier empresa mercantil ó industrial.

Art. 255. Contra los acuerdos del consejo de familia señalando la cuantía, ó haciendo la calificación de la fianza, podrá el tutor recurrir á los Tribunales; pero no entrará en posesión de su cargo sin haber prestado la que se le exija.

Art. 256. Mientras se constituye la fianza, el protutor ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de sus productos.

Art. 257. La fianza hipotecaria será inscrita en el Registro de la propiedad. La pignoraticia se constituirá depositando los efectos ó valores en los establecimientos públicos destinados á este fin.

Art. 258. Deberán pedir la inscripción ó el depósito:

1.° El tutor.

2.° El protutor.

3.° Cualquiera de los vocales del consejo de familia.

Los que omitieren esta diligencia serán responsables de los daños y perjuicios.

Art. 259. La fianza podrá aumentarse ó disminuirse durante el ejercicio de la tutela según las vicisitudes que experimenten el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquélla esté constituída.

No se podrá cancelar totalmente la fianza hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor haya extinguido todas las responsabilidades de su gestión.

Art. 260. Están exentos de la obligación de afianzar la tutela:

1.° El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que son llamados á la tutela de sus descendientes.

2.° El tutor testamentario relevado por el padre ó por la madre, en su caso, de esta obligación. Esta excepción cesará cuando con posterioridad á su nombramiento sobrevengan causas ignoradas por el testador, que hagan indispensable la fianza á juicio del consejo de familia.

3.° El tutor nombrado con relevación de fianza por extraños que hubiesen instituído heredero al menor ó incapaz ó dejádole manda de importancia. En este caso la exención quedará limitada á los bienes ó rentas en que consista la herencia ó el legado.

CAPÍTULO IX

Del ejercicio de la tutela

Art. 261. El consejo de familia pondrá en posesión á los tutores y á los protutores.

Art. 262. El tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos.

Art. 263. Los menores ó incapacitados sujetos á tutela deben respeto y obediencia al tutor. Éste podrá corregirlos moderadamente.

Art. 264. El tutor está obligado:

1.° A alimentar y educar al menor ó incapacitado con arreglo á su condición y con estricta sujeción á las disposiciones de sus padres, ó a las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el consejo de familia.

2.° A procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente ó sordomudo, que éstos adquieran ó recobren su capacidad.

3.° A hacer inventario de los bienes á que se extienda la tutela dentro del término que al efecto le señale el consejo de familia.

4.° A administrar el caudal de los menores ó incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia.

5.° A solicitar oportunamente la autorización del consejo de familia para todo lo que no pueda realizar sin ella.

6.° A procurar la intervención del protutor en todos los casos en que la ley la declara necesaria.

Art. 265. El inventario se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia. Éste decidirá, según la importancia del caudal, si deberá además autorizar el acto algún Notario.

Art. 266. Las alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles ó industriales, que á juicio del consejo de familia no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento destinado á este fin.

Los demás muebles y los semovientes, si no estuvieren tasados, se apreciarán por peritos que designe el consejo de familia.

Art. 267. El tutor que, requerido al efecto por Notario, por el protutor ó por los testigos, no inscribiese en el inventario los créditos que tenga contra el menor, se entenderá que los renuncia.

Art. 268. Cuando acerca de la pensión alimenticia del menor ó incapacitado nada hubiese resuelto el testamento de la persona por quien se hizo el nombramiento de tutor, el consejo de

familia, en vista del inventario, decidirá la parte de rentas ó productos que deba invertirse en aquella atención.

Esta resolución puede modificarse á medida que aumente ó disminuya el patrimonio de los menores ó incapaces, ó cambie la situación de éstos.

Art. 269. El tutor necesita autorización del consejo de familia:

1.° Para imponer al menor los castigos de que tratan el número 2.° del art. 155 y el art. 156.

2.° Para dar al menor una carrera ú oficio determinado cuando esto no hubiese sido resuelto por los padres, y para modificar las disposiciones que éstos hubiesen adoptado.

3.° Para recluir al incapaz en un establecimiento de salud, á menos que la tutela esté desempeñada por el padre, la madre ó algún hijo.

4.° Para continuar el comercio ó la industria á que el incapacitado ó sus ascendientes ó los del menor hubiesen estado dedicados

5.° Para enajenar ó gravar bienes que constituyan el capital de los menores ó incapaces, ó hacer contratos ó actos sujetos á inscripción.

6.° Para colocar el dinero sobrante en cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela.

7.° Para proceder á la división de la herencia ó de otra cosa que el menor ó incapacitado poseyere en común.

8.° Para retirar de su colocación cualquier capital que produzca intereses.

9.° Para dar y tomar dinero á préstamo.

10. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, ó para repudiar ésta ó las donaciones.

11. Para hacer gastos extraordinarios en las fincas cuya administración comprenda la tutela.

12. Para transigir y comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor ó incapacitado estuviere interesado.

13. Para entablar demandas en nombre de los sujetos á tutela y para sostener los recursos de apelación y casación contra las sentencias en que hubiesen sido condenados.

Se exceptúan las demandas y recursos en los juicios verbales.

Art. 270. El consejo de familia no podrá autorizar al tutor

para enajenar ó gravar los bienes del menor ó incapacitado sino por causas de necesidad ó utilidad, que el tutor hará constar debidamente.

La autorización recaerá sobre cosas determinadas.

Art. 271. El consejo de familia, antes de conceder autorización para gravar bienes inmuebles ó constituir derechos reales á favor de terceros, podrá oir previamente el dictamen de peritos sobre las condiciones del gravamen y la posibilidad de mejorarlas.

Art. 272. Cuando se trate de bienes inmuebles, de derechos inscribibles, ó de alhajas ó muebles cuyo valor exceda de 4.000 pesetas, la enajenación se hará en pública subasta con intervención del tutor ó protutor.

Los valores bursátiles, así los públicos como los mercantiles ó industriales, serán vendidos por agente de Bolsa ó corredor de comercio.

Art. 273. El tutor responde de los intereses legales del capital del menor cuando, por su omisión ó negligencia, quedare improductivo ó sin empleo.

Art. 274. La autorización para transigir ó comprometer en árbitros deberá ser pedida por escrito, en que el tutor exprese todas las condiciones y ventajas de la transacción.

El consejo de familia podrá oir el dictamen de uno ó más letrados, según la importancia del asunto, y concederá ó negará la autorización Si la otorgare, lo hará constar en el acta.

Art. 275 Se prohibe á los tutores:

1.° Donar ó renunciar cosas ó derechos pertenecientes al menor ó incapacitado.

Las donaciones que por causa de matrimonio hicieren los menores con aprobación de las personas que hayan de prestar su consentimiento para el matrimonio, serán válidas siempre que no excedan del límite señalado por la ley.

2.° Cobrar de los deudores del menor ó incapacitado, sin intervención del protutor, cantidades superiores á 5.000 pesetas, á no ser que procedan de intereses, rentas ó frutos.

La paga hecha sin este requito sólo aprovechará á los deudores cuando justifiquen que la cantidad percibida se ha invertido en utilidad del menor ó incapacitado.

3.° Hacerse pago, sin intervención del protutor, de los créditos que le correspondan.

4.° Comprar por sí ó por medio de otra persona los bienes del menor ó incapacitado, á menos que expresamente hubiese sido autorizado para ello por el consejo de familia.

Art. 276. El tutor tiene derecho á una retribución sobre los bienes del menor ó incapacitado.

Cuando ésta no hubiere sido fijada por los que nombraron el tutor testamentario, ó cuando se trate de tutores legítimos ó dativos, el consejo de familia la fijará teniendo en cuenta la importancia del caudal y el trabajo que ha de proporcionar su administración.

En ningún caso bajará la retribución del 4, ni excederá del 10 por 100 de las rentas ó productos líquidos de los bienes.

Contra el acuerdo en que se fije la retribución del tutor podrá éste recurrir á los Tribunales.

Art. 277. Si el consejo de familia sostuviere su acuerdo, litigará á expensas del menor ó incapacitado.

Art. 278. Concluye la tutela:

1.° Por llegar el menor á la edad de veintitrés años, por la habilitación de edad y por la adopción.

2.° Por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trate de incapaces, sujetos á interdicción ó pródigos.

CAPÍTULO X

De las cuentas de la tutela.

Art. 279. El pariente colateral del menor ó incapacitado, y el extraño que no hubiesen obtenido el cargo de tutor con la asignación de frutos por alimentos, rendirán al consejo de familia cuentas anuales de su gestión.

Estas cuentas, examinadas por el protutor y censuradas por el consejo, serán depositadas en la Secretaría del Tribunal donde se hubiese registrado la tutela.

Si el tutor no se conformase con la resolución del consejo, podrá recurrir á los Tribunales, ante los cuales los intereses del menor ó incapacitado serán defendidos por el protutor.

Art. 280. El tutor que sea reemplazado por otro estará obligado, y lo mismo sus herederos, á rendir cuenta general de la tutela al que le reemplace, cuya cuenta será examinada y censu-

rada en la forma que previene el artículo precedente. El nuevo tutor será responsable al menor de los daños y perjuicios, si no pidiere y tomare las cuentas de su antecesor.

Art. 281. Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos están obligados á dar cuenta de su administración al que haya estado sometido á aquélla ó á sus representantes ó derechohabientes.

Art. 282. Las cuentas generales de la tutela serán censuradas é informadas por el consejo de familia dentro de un plazo que no excederá de seis meses.

Art. 283. Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la justificación de los gastos menudos de que un diligente padre de familia no acostumbra á recoger recibos.

Art. 284. Los gastos de la rendición de cuentas correrán á cargo del menor ó incapacitado.

Art. 285. Hasta pasados quince días después de la rendición de cuentas justificadas no podrán los causahabientes del menor, ó éste, si ya fuese mayor, celebrar con el tutor convenio alguno que se relacione con la gestión de la tutela.

El consejo de familia, sin perjuicio de los arreglos que pasado ese plazo puedan hacer los interesados, deberá denunciar á los Tribunales cualesquiera delitos que se hubiesen cometido por el tutor en el ejercicio de la tutela.

Art. 286. El saldo que de las cuentas generales resultare á favor ó en contra del tutor producirá interés legal:

En el primer caso, desde que el menor sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes.

En el segundo, desde la rendición de cuentas si hubiesen sido dadas dentro del término legal, y, si no, desde que éste espire.

Art. 287. Las acciones que recíprocamente asistan al tutor y al menor por razón del ejercicio de la tutela se extinguen á los cinco años de concluída ésta.

CAPÍTULO XI

Del Registro de las tutelas.

Art. 288. En los Juzgados de primera instancia habrá uno ó varios libros donde se tome razón de las tutelas constituídas durante el año en el respectivo territorio.

Art. 289. Estos libros estarán bajo el cuidado de un Secretario judicial, el cual hará los asientos gratuitamente.

Art. 290. El registro de cada tutela deberá contener:

1.° El nombre, apellido, edad y domicilio del menor ó incapaz, y la extensión y límite de la tutela, cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad.

2.° El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo ó dativo.

3.° El día en que haya sido deferida la tutela y prestada la fianza exigida al tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituído.

4.° La pensión alimenticia que se haya asignado al menor ó incapaz, ó la declaración de que se han compensado frutos por alimentos.

Art. 291. Al pie de cada inscripción se hará constar, al comenzar el año judicial, si el tutor ha rendido cuentas de su gestión en el caso de que esté obligado á darlas.

Art. 292. Los Jueces examinarán anualmente estos registros y adoptarán las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas á tutela.

TÍTULO X

DEL CONSEJO DE FAMILIA

SECCIÓN PRIMERA

De la formación del consejo de familia.

Art. 293. Si el Ministerio público ó el Juez municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas á que se refiere el art. 200, pedirá el primero y ordenará el segundo, de oficio ó á excitación fiscal, según los casos, la constitución del consejo de familia.

Están obligados á poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar á la tutela en el momento que lo supieren: el tutor testamentario, los parientes llamados á la tutela legítima, y los que por ley son vocales del consejo, quedando respon-

sables, si no lo hicieren, de la indemnización de daños y perjuicios.

El Juez municipal citará á las personas que deban formar el consejo de familia, haciéndoles saber el objeto de la reunión y el día, hora y sitio en que ha de tener lugar.

Art. 294. El consejo de familia se compondrá de las personas que el padre, ó la madre en su caso, hubiesen designado en su testamento, y, en su defecto, de los ascendientes y descendientes varones, y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, cualquiera que sea su número. Si no llegaren á cinco, se completará este número con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna; y si no los hubiere ó no estuvieren obligados á formar parte del consejo, el Juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo á los amigos de los padres del menor ó incapacitado.

Si no hubiere ascendientes, descendientes, hermanos y maridos de las hermanas vivas, el Juez municipal constituirá el consejo con los cinco parientes varones más próximos del menor ó incapacitado, y cuando no hubiere parientes en todo ó en parte, los suplirá con personas honradas, prefiriendo siempre á los amigos de los padres.

Art. 295. En igualdad de grado será preferido para el consejo de familia el pariente de más edad.

Art. 296. Los Tribunales podrán subsanar la nulidad que resulte de la inobservancia de los artículos anteriores, si no se debiere al dolo ni causare perjuicio á la persona ó bienes del sujeto á tutela, pero reparando el error cometido en la formación del consejo.

Art. 297. No podrán ser obligados á formar parte del consejo de familia los parientes del menor ó incapacitado llamados por la ley que no residieren dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radicase la tutela; pero serán vocales del consejo si voluntariamente se prestan á aceptar el cargo, para lo cual debe citarles el Juez municipal.

Art. 298. Las causas que excusan, inhabilitan y dan lugar á la remoción de los tutores y protutores, son aplicables á los vocales del consejo de familia. No podrán tampoco ser vocales las personas á quienes el padre, ó la madre en su caso, hubiesen excluído en su testamento de este cargo.

Art. 299. El tutor y el protutor no podrán ser á la vez vocales del consejo de familia.

Art. 300. La junta para la formación del consejo de familia será presidida por el Juez municipal. Los citados están obligados á comparecer personalmente, ó por medio de apoderado especial, que nunca podrá representar más que á una sola persona. Si no comparecieren, el Juez podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas.

Art. 301. Formado el consejo de familia por el Juez municipal, procederá aquél á dictar todas las medidas necesarias para atender á la persona y bienes del menor ó incapacitado y constituir la tutela.

Art. 302. El consejo de familia para los hijos naturales se constituirá bajo las mismas reglas que el de los hijos legítimos, pero nombrando vocales á los parientes del padre ó madre que hubiese reconocido á aquéllos.

El de los demás hijos ilegítimos se formará con el Fiscal municipal, que será presidente, y cuatro vecinos honrados.

Art. 303. La administración de cada establecimiento de Beneficencia tendrá sobre los huérfanos menores acogidos todas las facultades que corresponden á los tutores y al consejo de familia.

SECCIÓN SEGUNDA

De la manera de proceder el consejo de familia.

Art. 304. Será presidente del consejo el vocal que eligieren los demás.

Corresponde al presidente:

1.° Reunir el consejo cuando le pareciere conveniente ó lo pidieren los vocales ó el tutor ó el protutor, y presidir sus deliberaciones.

2.° Redactar y fundar sus acuerdos, haciendo constar la opinión de cada uno de los vocales y que éstos autoricen el acta con su firma.

3.° Ejecutar los acuerdos.

Art. 305. El consejo de familia no podrá adoptar resolución sobre los puntos que le fueren sometidos sin que estén presentes por lo menos tres vocales.

Los acuerdos se tomarán siempre por mayoría de votos.

El voto del presidente decidirá en caso de empate.

Art. 306. Los vocales del consejo de familia están obligados á asistir á las reuniones del mismo á que fueren convocados. Si no asistieren, ni alegaren excusa legítima, el presidente del consejo lo pondrá en conocimiento del Juez municipal, quien podrá imponerles una multa que no exceda de 50 pesetas.

Art. 307. Ningún vocal del consejo de familia asistirá á su reunión, ni emitirá su voto, cuando se trate de negocios en que tengan interés él, sus descendientes, ascendientes ó consorte; pero podrá ser oído, si el consejo lo estima conveniente.

Art. 308. El tutor y el protutor tienen obligación de asistir á las reuniones del consejo de familia, pero sin voto, cuando fueren citados. También podrán asistir siempre que el consejo se reúna á su instancia.

Tiene derecho á asistir y ser oído el sujeto á tutela siempre que sea mayor de catorce años.

Art. 309. El consejo de familia conocerá de los negocios que sean de su competencia conforme á las disposiciones de este Código.

Art. 310. De las decisiones del consejo de familia pueden alzarse ante el Juez de primera instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el tutor, el protutor ó cualquier pariente del menor ú otro interesado en la decisión, salvo el caso del art. 242.

Art. 311. Al terminar la tutela y disolverse por consecuencia el consejo de familia, entregará éste al que hubiese estado sujeto á tutela, ó á quien represente sus derechos, las actas de sus sesiones.

Art. 312. Los vocales del consejo de familia son responsables de los daños que por su malicia ó negligencia culpable sufriere el sujeto á tutela.

Se eximirán de esta responsabilidad los vocales que hubiesen disentido del acuerdo que causó el perjuicio.

Art. 313. El consejo de familia se disuelve en los mismos casos en que se extingue la tutela.

TÍTULO XI

DE LA EMANCIPACIÓN Y DE LA MAYOR EDAD

CAPÍTULO PRIMERO

De la emancipación.

Art. 314. La emancipación tiene lugar:

1.° Por el matrimonio del menor.

2.° Por la mayor edad.

3.° Por concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad.

Art. 315. El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el art. 59 y en el párrafo tercero del 50.

Art. 316. La emancipación de que trata el párrafo tercero del artículo 314 se otorgará por escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal, que habrá de anotarse en el Registro civil, no produciendo entretanto efecto contra terceros.

Art. 317. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue á la mayor edad, no podrá el emancipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

Art. 318. Para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre ó de la madre, se requiere que el menor tenga diez y ocho años cumplidos y que la consienta.

Art. 319. Concedida la emancipación, no podrá ser revocada.

CAPÍTULO II

De la mayor edad.

Art. 320. La mayor edad empieza á los veintitrés años cumplidos.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida ci-

vil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Art. 321. A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas.

Art. 322. El menor de edad, huérfano de padre y madre, puede obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del consejo de familia, aprobada por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal.

Art. 323. Para la concesión y aprobación expresadas en el artículo anterior se necesita:

1.° Que el menor tenga diez y ocho años cumplidos.

2.° Que consienta en la habilitación.

3.° Que se considere conveniente al menor.

La habilitación deberá hacerse constar en el Registro de tutelas y anotarse en el civil.

Art. 324. Es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el art. 317.

TÍTULO XII

DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Art. 325. Los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado á este efecto.

Art. 326. El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones ó anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad, y estará á cargo de los Jueces municipales ú otros funcionarios del orden civil en España y de los Agentes consulares ó diplomáticos en el extranjero.

Art. 327. Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas ó hubiesen desaparecido los libros del Registro, ó cuando ante los Tribunales se suscite contienda.

Art. 328. No será necesaria la presentación del recién nacido

al funcionario encargado del Registro para la inscripción del nacimiento, bastando la declaración de la persona obligada á hacerla. Esta declaración comprenderá todas las circunstancias exigidas por la ley; y será firmada por su autor, ó por dos testigos á su ruego, si no pudiere firmar.

Art. 329. En los matrimonios canónicos será obligación de los contrayentes facilitar al funcionario representante del Estado que asista á su celebración todos los datos necesarios para su inscripción en el Registro civil. Exceptúanse los relativos á las amonestaciones, los impedimentos y su dispensa, los cuales no se harán constar en la inscripción.

Art. 330. No tendrán efecto alguno legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas.

Art. 331. Los Jueces municipales y los de primera instancia, en su caso, podrán corregir las infracciones de lo dispuesto sobre el registro civil, que no constituyan delito ó falta, con multa de 20 á 100 pesetas.

Art. 332. Continuará rigiendo la ley de 17 de Junio de 1870, en cuanto no esté modificada por los artículos precedentes.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

Págs.

Advertencia..... 5
Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (capítulos VIII, IX, X y XI del tít. IX, y títulos X, XI y XII del lib. I) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros..... 7

LIBRO PRIMERO

Título IX.—De la tutela..... 13

CAPÍTULO VIII

Del afianzamiento de la tutela..... 13

Art. 252, pág. 17 Art. 255, pág. 79 Art. 258, pág. 86
» 253, » 19 » 256, » 82 » 259, » 92
» 254, » 19 » 257, » 86 » 260, » 103

CAPÍTULO IX

Del ejercicio de la tutela..... 109

Art. 261, pág. 112 Art. 267, pág. 145 Art. 273, pág. 196
» 262, » 115 » 268, » 150 » 274, » 198
» 263, » 134 » 269, » 152 » 275, » 201
» 264, » 135 » 270, » 185 » 276, » 215
» 265, » 144 » 271, » 186 » 277, » 217
» 266, » 145 » 272, » 186 » 278, » 219

CAPÍTULO X

De las cuentas de la tutela..... 234

Art. 279, pág. 238 Art. 282, pág. 251 Art. 285, pág. 263
» 280, » 244 » 283, » 251 » 286, » 268
» 281, » 250 » 284, » 251 » 287, » 272

Págs.

CAPÍTULO XI

Del Registro de las tutelas..... 288

Art. 288, pág. 291 Art. 290, pág. 295 Art. 292, pág. 306
» 289, » 291 » 291, » 295

Título X.—Del consejo de familia..... 319

Sección primera.—De la formación del consejo de familia.. 364

Art. 293, pág. 369 Art. 297, pág. 385 Art. 301, pág. 456
» 294, » 384 » 298, » 424 » 302, » 462
» 295, » 385 » 299, » 424 » 303, » 463
» 296, » 385 » 300, » 456

Sección segunda.—De la manera de proceder el consejo.... 470

Art. 304, pág. 474 Art. 308, pág. 482 Art. 312, pág. 519
» 305, » 481 » 309, » 492 » 313, » 520
» 306, » 481 » 310, » 496
» 307, » 481 » 311, » 519

Título XI.—De la emancipación y de la mayor edad..... 535

CAPÍTULO PRIMERO

De la emancipación..... 544

Art. 314, pág. 545 Art. 316, pág. 581 Art. 318, pág. 608
» 315, » 547 » 317, » 588 » 319, » 611

CAPÍTULO II

De la mayor edad..... 617

Art. 320, pág. 627 Art. 322, pág. 636 Art. 324, pág. 640
» 321, » 628 » 323, » 636

Título XII.—Del Registro del estado civil..... 643

Art. 325, pág. 646 Art. 328, pág. 650 Art. 331, pág. 651
» 326, » 647 » 329, » 650 » 332, » 651
» 327, » 649 » 330, » 651

APÉNDICES

1.° Art. 269.—Juicio arbitral. — Ley de Enjuiciamiento civil..... 659
2.° Art. 272 —Subastas voluntarias judiciales. — Ley de Enjuiciamiento civil..... 665
3.° Art. 278. —Manicomios.—Real decreto de 19 de Mayo de 1885..... 668

Págs.

4.° Art. 293.— Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1889..... 673
5.° Art. 313.—Papel sellado en las actas y constitución del consejo..... 676

Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo..... 681

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
A			
Aceptación de la herencia ó legado para el fin de que surta efecto el nombramiento de tutor ó protutor hecho por la persona que haya dejado una ú otro al menor ó incapacitado.	310	»	501
Aceptación de la herencia sin beneficio de inventario.....	269 y 310	»	152 y 510
Aceptación y repudiación de herencia.....	317	»	595
Acciones por razón del ejercicio de la tutela.....	287	»	272
Actos que ejercerá el protutor, mientras se constituye la fianza.....	256	»	82
Actos referentes al estado civil de las personas.....	325	»	646
Actos que deben ser inscritos en el Registro del estado civil...	326	»	647
Acuerdos del consejo de familia.	277	»	217
Acuerdos del consejo de familia sujetos á alzada.....	310	»	496
Administración del caudal de los menores.....	264	»	135

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Adopción	310 y 313	»	500 y 520
Advertencia	»	»	5
Afianzamiento de la tutela	»	»	13
Agente de Bolsa	272	»	186
Alimentos del menor	264	»	135
Anotación de la habilitación	323	»	636
Apoderado especial	300	»	456
Apéndices	»	»	659
Aprobación del nombramiento de tutor y protutor hecho por la madre que ha contraído segundas nupcias para los hijos del primer matrimonio	310	»	501
Arzobispos y obispos	298	»	441
Atribuciones del consejo de familia respecto del inventario.	265	»	144
Atribuciones del consejo de familia respecto al nombramiento de peritos	266	»	145
Atribuciones del consejo de familia respecto de la pensión alimenticia del menor ó incapacitado	268	»	150
Atribuciones del consejo de familia para censurar las cuentas generales de la tutela	282	»	251
Atribuciones del consejo de familia	301 y 309	»	456 y 493
Atribuciones del presidente del consejo de familia	304	»	474
Aumento ó disminución de la fianza durante el ejercicio de la tutela	259	»	92
Aumento ó disminución de la pensión alimenticia del menor ó incapacitado	268	»	150
Ausencia	315	»	577
Autorización por el tutor para transigir y comprometer en árbitros. Cómo debe ser pedida.	274	»	198
Autorización al defensor del incapacitado para deducir de-			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
manda en juicio ordinario contra el auto poniendo término al expediente de incapacidad.	310	»	502
B			
Beneficio de la mayor edad. Cómo se obtiene	322	»	636
Biología de la tutela	»	»	309 á 317
Biología del consejo de familia	»	»	529 á 533
C			
Cancelación total de la fianza	259	»	92
Cancelación de la hipoteca constituída en garantía de la tutela.	259	»	94
Cancelación parcial de la fianza hipotecaria	259	»	100
Cancelación de la fianza pignoraticia	259	»	101
Cancelación de la fianza subhipotecaria	259	»	102
Cancelación de la fianza personal	259	»	102
Capacidad del mayor de edad	320	»	627
Carrera ú oficio del menor	269 y 310	»	152 y 506
Castigos del menor	269	»	152
Casa paterna	321	»	628
Casos en que tiene lugar la emancipación	314	»	545
Censura de cuentas	279 y 310	»	238 y 511
Cesión	317	»	597
Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo	293	4.º	673
Cobranza de los deudores del menor ó incapacitado	275	»	201
Código civil	262 y 269	»	123 y 168
Código de Comercio	262	»	129
Colocación del dinero sobrante en cada año por el tutor	269 y 310	»	152 y 508
Comercio ó industria de los padres ó ascendientes del menor ó incapacitado	269 y 310	»	152 y 507
Comienzo de la mayor edad	320	»	627

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Comparecencia	316 y 317	»	581 y 588
Compra por el tutor de los bienes del menor ó incapacitado	275	»	201
Competencia del consejo de familia	261	»	112
Concesión de la habilitación de mayor edad	310	»	512
Concesión del padre ó de la madre	314	»	545
Conclusión de la tutela	278	»	219
Condenados á cualquier pena corporal mientras no extingan la condena	298	»	426
Consejo de familia	»	»	319
Consejo de familia para los extranjeros	293	»	383
Consejo de familia testamentario.	294	»	384 y 422
Consejo de familia legítimo	294	»	384 y 423
Consejo de familia dativo	294	»	384
Consejo de familia de los hijos naturales	302	»	462 y 469
Consejo de familia de los hijos ilegítimos	302	»	470
Consejo de familia de los huérfanos menores acogidos en los establecimientos de beneficencia	303	»	470
Consejo de familia para la tutela del incapacitado	313	»	521
Idem íd. para la tutela del menor	313	»	520
Consentimiento	317	»	588
Constitución del consejo de familia	293	»	369 y 383
Constitución de hipoteca á favor de la mujer menor de edad	310	»	514
Constitución de la fianza pignoraticia	254	»	45
Contratos ó actos sujetos á inscripción	269	»	152
Convenios con el tutor	285	»	263
Corredor de comercio	272	»	186

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Cosas que deberá asegurar la fianza	254	»	19
Cuenta general de la tutela. Personas obligadas á darla	281	»	250 y 262
Cuentas de la tutela	»	»	234
Cuidados del tutor	264	»	135
Clases de fianza	253	»	19
D			
Declaración de qué tutor debe ser preferido cuando haya varios nombrados	310	»	501
Declaración de divorcio	315	»	574
Declaración de incapacidad y de remoción	310	»	503
Demandas en nombre de los sujetos á tutela	269	»	152
Demandas y recursos en los juicios verbales	269	»	152
Denuncia de delitos	285 y 310	»	263 y 511
Depósito de alhajas, muebles preciosos, efectos públicos y valores mercantiles é industriales	266	»	145
Depósito de bienes muebles y semovientes	266	»	145
Depósito de las cuentas de la tutela	279	»	238
Derechos del tutor durante el ejercicio de la tutela	264	»	144
Derechos del tutor	276	»	215
Derecho procesal	298	»	456
Determinación de los alimentos del menor ó incapacitado	310	»	504
Dictamen de peritos	271	»	186
Dictamen de letrados	274	»	198
Disolución del consejo de familia	313	»	520
Disposición común al consejo de familia testamentario y legítimo	297	»	424
División de la herencia	269 y 310	»	152 y 508
Documentos justificativos	283	»	251

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Documentos precisos para verificar la inscripción	291	»	302
Donación	317	»	595
Donación de cosas ó derechos pertenecientes á las personas sujetas á tutela	275	»	201
Donación por causa de matrimonio	275	»	201
E			
Eclesiásticos	298	»	444
Educación del menor	264	»	135
Efectos de la terminación de la tutela	278	»	233
Efectos de la disolución del consejo de familia	313	»	526
Efectos del matrimonio	315	»	547
Efectos de la emancipación	317	»	588
Ejercicio de la tutela	»	»	109
Elección de presidente del consejo de familia	304	»	474
Elección de tutor	310	»	502
Elección de testigos que han de intervenir en la formación del inventario	310	»	505
Emancipación y mayor edad	»	»	535
Enajenación ó gravamen de los bienes de los menores ó incapacitados	269 y 310	»	152 y 508
Enfermos	298	»	444
Entrega de actas	311	»	519
Escritura pública	316	»	581
Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (capítulos VIII, IX, X y XI del título IX, y títulos X, XI y XII del libro primero) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros	»	»	7
Establecimientos de beneficencia	303	»	463
Examen de las cuentas por el protutor	279	»	238

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Examen de los Registros de la tutela por el Juez...	292	»	306
Excusas.....	298	»	454
Excusa é inhabilitación de los vocales del consejo de familia.	298	»	424
Extranjeros no residentes en España.....	298	»	437
F			
Facultades del tutor respecto del menor	263	»	134
Idem del Juez respecto de la inscripción.....	291	»	303
Fianza.....	252 y 317	»	17 y 599
Idem hipotecaria ó pignoraticia.	253	»	19 y 45
Idem personal.....	253	»	19 y 59
Idem sub-hipotecaria.....	254	»	53
Fiscal.....	302 y 322	»	462 y 636
Formación del consejo de familia.....	»	»	364
Funcionarios encargados del Registro del estado civil..... .	326	»	647
G			
Gastos de la rendición de cuentas.....	284	»	251
Idem extraordinarios.....	310	»	510
H			
Habilitación de edad.....	324	»	640
Hijas de familia mayores de edad.....	321	»	628
I			
Imposición de castigos al menor.	310	»	505
Incapacitado.....	262	»	130 y 134

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Inhabilitación	298	»	425
Infracciones	331	»	651
Inscripción de la fianza hipotecaria en el Registro de la Propiedad	257	»	86
Inscripción en el inventario de los créditos á favor del tutor	267	»	145
Irresponsabilidad de los vocales del consejo de familia	312	»	519
Interdicto	262	»	134
Intereses legales del capital del menor	273	»	196
Idem legal del saldo resultante de las cuentas generales	286	»	268
Inventario de los bienes de la tutela	264	»	135
Idem autorizado por Notario	265	»	144
J			
Juez municipal competente para formar el consejo de familia	293	»	369 y 383
Juez municipal	300, 316 y 331	»	456, 581 y 651
Juez de primera instancia	331	»	651
Juicio arbitral	269	1.°	659
L			
Ley hipotecaria	262 y 269	»	127 y 166
Idem de Enjuiciamiento criminal	262	»	129 y 132
Libros para la toma de razón de las tutelas	288	»	291
Licencia para contraer matrimonio	310	»	499
Idem de los padres	321	»	628
Límite de la retribución del tutor	276	»	215
Litigios á expensas del menor	277	»	217
Locura, prodigalidad ó interdicción del marido	315	»	575

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
M			
Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio fiscal	298	»	442
Manera de proceder el consejo de familia	»	»	470
Manicomios	278	3.°	668
Matrimonio del menor	314	»	545
Mayor edad	313	»	520 y 617
Mayores de sesenta años	298	»	444
Menor	262	»	122 y 133
Militares en activo servicio	298	»	444
Ministros de la Corona	298	»	441
Modo y tiempo de la rendición de cuentas	284	»	262
Multa	300, 306 y 331	»	456, 481 y 651
Muerte del menor	313	»	520
Mujeres	298	»	430
N			
Naturalizaciones	330	»	651
Necesidad ó utilidad para enajenar ó gravar bienes de menores ó incapacitados	270	»	185
Nombramiento de protutor cuando no le hayan nombrado los que tienen derecho á elegir tutor para los menores	310	»	502
Nombramiento de persona que sustituya al tutor excusado durante el juicio de excusa	310	»	503
Nulidad de la constitución del consejo de familia	296	»	385 y 424
Nulidad del matrimonio	315	»	573
Número de inscripciones ó asientos	291	»	302
Número de consejos	294	»	423

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
O			
Obligación del tutor	280	»	244
Idem de los contrayentes	329	»	650
Obligaciones del tutor antes de que se le defiera el cargo	252	»	17
Idem del menor respecto del tutor	263	»	134
Idem del tutor respecto del menor	264	»	135
Omisión ó negligencia del tutor.	273	»	196
Operaciones de Bolsa	272	2.°	666
Otorgamiento de actos ó contratos sujetos á inscripción	310	»	508
Idem de capitulaciones matrimoniales	310	»	513
Idem de la emancipación	316	»	581
P			
Pago de créditos	275	»	201
Papel sellado en las actas y constitución del consejo	313	6.°	676
Parientes	298	»	436
Pariente preferido en igualdad de grado para formar parte del consejo de familia	295	»	385
Pensión alimenticia del menor ó incapacitado	268	»	150
Penados por delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público	298	»	425
Permuta	317	»	597
Personas que pueden pedir la inscripción ó el depósito de la fianza	258	»	86
Idem exentas de la obligación de afianzar	260	»	103
Persona obligada á solicitar la autorización del consejo de familia	264	»	135

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Personas que han de intervenir en la formación del inventario.	265	»	144
Idem encargadas de fijar la retribución del tutor.....	276	»	215
Idem á quienes corresponde examinar las cuentas...	279	»	244
Idem que tienen derecho á examinar las cuentas presentadas por el tutor y á compelerle judicialmente á su rendición....	284	»	262
Personas inhábiles para el cargo de miembros del consejo de familia.....	298	»	453
Persona encargada del cuidado de los libros de las tutelas....	289	»	291
Idem que pueden pedir la inscripción de la tutela.....	291	»	301
Idem obligadas á pedir la constitución del consejo de familia.	293	»	369 y 383
Idem que ejercen autoridad que dependa inmediatamente del Gobierno	298	»	444
Idem que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos...	298	»	444
Idem que tienen derecho á asistir á las reuniones del consejo de familia.....	306	»	482
Idem obligadas á asistir á las reuniones del consejo de famlia.	306 y 308	»	481 y 485
Idem que tienen prohibición de asistir a las reuniones del consejo de familia.....	308	»	486
Idem que pueden recurrir contra los acuerdos del consejo de familia	310	»	496
Idem obligadas á poner en conocimiento del Juez municipal competente el hecho que da lugar á la tutela.....	293	»	369 y 383
Idem que tienen derecho de pedir la constitucion del consejo de familia.....	293	»	369 y 383

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Personas que pueden hacer la designación del consejo de familia	294	»	384 y 422
Idem que pueden excusarse de formar parte del consejo de familia	297 y 298	»	385 y 424
Idem excluídas para formar parte del consejo de familia	298	»	424
Idem sujetas á tutela	298	»	425
Idem removidas legalmente de otro consejo de familia anterior	298	»	427
Idem de mala conducta ó que no tengan manera de vivir conocida	298	»	429
Idem que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil y los que litiguen con el mismo sobre la propiedad de sus bienes	298	»	431
Idem que adeuden al menor sumas de consideración	298	»	435
Permuta	317	»	597
Plazo para censurar las cuentas generales de la tutela	282	»	251
Pleitos y recursos	310	»	511
Pobres	298	»	444
Posesión de los tutores y protutores	261 y 310	»	112 y 504
Prestación de fianza	310	»	504
Préstamos	310	»	510
Presidentes de los Cuerpos Colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Guerra y Marina y del Tribunal de Cuentas del Reino	298	»	441
Presidencia de la Junta para la formación del consejo de familia	300	»	456
Presidente de Audiencia territorial	322	»	636

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Profesión religiosa..... ..	315	»	578
Prohibición impuesta á los tutores.....	275	»	201
Pródigo.....	262	»	134
Promesa de futuro matrimonio.	310	»	498
Prohibición del tutor y protutor.	299	»	424
Provisión de la tutela vacante..	310	»	503
Prueba de las actas del Registro del estado civil.....	327	»	649
Pública subasta.....	272	»	186
Publicidad del registro de tutelas.....	291	»	304
Q			
Quebrados y concursados no rehabilitados.....	298	»	430
Quién debe procurar la intervención del protutor.....	264	»	135
R			
Recién nacido.....	328	»	650
Reclusión del incapaz.....	269 y 310	»	152 y 507
Recursos contra las resoluciones del Juez.....	291	»	303
Recurso contra el acuerdo fijando la retribución del tutor....	276	»	215
Idem concedido al tutor.....	279	»	238
Idem íd. contra los acuerdos del consejo de familia señalando la cuantía ó haciendo la calificación de la fianza.....	255	»	79
Recursos de apelación y casación	269	»	152
Reemplazo de tutor.....	280	»	244
Registro del estado civil.....	»	»	643
Idem de las tutelas.....	»	»	288
Religiosos profesos.....	298	»	436
Removidos legalmente de otro consejo de familia.....	298	»	427
Remoción....	298	»	448 y 455
Rendición de cuentas y entrega del saldo que de ellas resulte.	287	»	282

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Rendición de cuentas anuales por el tutor	279	»	238
Renuncia de los créditos por el tutor	267	»	145
Renuncia de cosas ó derechos pertenecientes á las personas sujetas á tutela	275	»	201
Representación del tutor	262	»	115
Repudiación de la herencia	269	»	152
Requisitos que debe contener el registro de cada tutela	290	»	295
Idem que se hará constar en la inscripción	291	»	295
Requisitos para la adopción de acuerdos por el consejo de familia	305	»	489
Idem para que tenga lugar la emancipación	318	»	608
Idem para la concesión de la habilitación	323	»	636
Respeto y obediencia al tutor	262	»	115
Responsabilidades del tutor	273	»	196
Idem íd para reemplazar á otro	280	»	244
Idem de las personas que dejen de pedir la inscripción ó el depósito de la fianza	258	»	86
Responsabilidad de los vocales del consejo de familia	312 y 313	»	519 y 526
Resolución de las excusas	310	»	503
Retribución del tutor	276	»	215
Retiro del capital que produzca interés	269 y 310	»	152 y 509
Revocación de la emancipación	319	»	611
S			
Señalamiento del término dentro del que el tutor ha de hacer el inventario	310	»	505
Sordomudo	262	»	134
Subastas voluntarias judiciales	272	2.°	665

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
T			
Término para interponer la alzada	310	»	515
Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo	»	»	681
Tiempo en que han de rendirse las cuentas	279	»	244
Tutores y protutores	298	»	444
Tutores obligados á rendir cuentas anuales de su gestión	279	»	244
Transacción y compromiso en árbitros	269, 310 y 317	»	152, 511 y 599
V			
Validez de los acuerdos del consejo de familia	305	»	492
Valores bursátiles	272	»	186
Valor de las certificaciones expedidas por el Secretario encargado del Registro de tutelas	291	»	303

Ed. 2.ª m. 13.

FE DE ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
101	36	ofical	oficial
153	12	menor incapacitado	menor ó incapacitado
208	32	al	la
252	26	e	el
296	12	dic-	dice
297	28	antenior	anterior
304	5	las solemnidades	con las solemnidades
307	12	qae	que
307	20	que se examine	que examine
326	1.ª	Eschino	Esquines
335	13	disposieron	dispusieron
335	34	lamar	llamar
346	28	por ley	por la ley
424	9	y amigos del menor ó incapacitado del Juzgado municipal donde radique la tutela.	y amigos del menor ó incapacitado que residan á más de 30 kilómetros del Juzgado municipal donde radique la tutela.
425	15	El art. 297	El art. 237
440	23	inhibición	inhabilitación
441	28	número 1.º	número 2.º
447	34	247	427
460	28	remisión	remoción
475	27	á este	esta
514	10	egal	legal
540	6	pubertud	pubertad
618	3	desenvolvimiente	desenvolvimiento
620	25	egún	Según

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

PUBLICADOS

TOMO I (tercera edición).—**De las leyes, sus efectos y reglas generales para su aplicación.—Españoles y extranjeros. Nacimiento y extinción de la personalidad civil.—Domicilio.**

Un volumen de 530 páginas en 8.° mayor. Precio, 5 pesetas en Madrid, 5,50 en provincias y 8 en Ultramar.

TOMO II (cuarta edición).—**Matrimonio.—Disposiciones generales.—Matrimonio canónico.—Matrimonio civil.**

Un volumen de 513 páginas en 8.° mayor. Precio, 5 pesetas en Madrid, 5,50 en provincias y 8 en Ultramar.

TOMO III (tercera edición).—**Paternidad y filiación.—Alimentos entre parientes.—Patria potestad.—Adopción.—Ausencia.**

Un volumen de 638 páginas en 8.° mayor. Precio, 6 pesetas en Madrid, 6,50 en provincias y 9 en Ultramar.

TOMO IV (segunda edición).—**Tutela.—Clases de tutela.—Protutor.—Personas inhábiles para ser tutores y protutores, y de su remoción.—Excusas de la tutela y protutela.**

Un volumen de 376 páginas en 8.° mayor. Precio, 3 pesetas en Madrid, 3,50 en provincias y 7 en Ultramar.

NOTA.—Habiéndose agotado esta segunda edición, se halla en prensa la tercera, que se publicará en breve.

TOMO V (tercera edición).—**Afianzamiento, ejercicio, cuentas y registro de las tutelas. — Consejo de familia.— Emancipación y mayor edad.—Registro del estado civil.**

Un volumen de 713 páginas en 8.° mayor. Precio, 7 pesetas en Madrid, 7,50 en provincias y 10 en Ultramar.

PRIMER TOMO APÉNDICE (segunda edición).—**Reglas y modelos para la redacción de las actas del consejo de familia. — Observaciones pertinentes á las mismas.— Tramitación de las alzadas contra los acuerdos del consejo.**

Un volumen de 474 páginas en 8.° mayor. Precio, 4 pesetas en Madrid, 4,50 en provincias y 7,50 en Ultramar.

Recomendamos eficazmente la adquisición de este tomo á todas aquellas personas que forman parte de algún consejo de familia, por la gran utilidad que ha de reportarles.

TOMO VI (segunda edición).—**Clasificación de los bienes.— Bienes inmuebles y muebles.—Propiedad.—Derecho de accesión.**

Un volumen de 620 páginas en 8.° mayor. Precio, 6 pesetas en Madrid, 6,50 en provincias y 9 en Ultramar.

TOMO VII (segunda edición).—**Deslinde y amojonamiento. Del derecho de cerrar las fincas rústicas.—De los edificios ruinosos y de los árboles que amenazan caerse.— Comunidad de bienes.—Aguas.—Minas.— Propiedad intelectual.**

Un volumen de 610 páginas en 8.° mayor. Precio, 6 pesetas en Madrid, 6,50 en provincias y 9 en Ultramar.

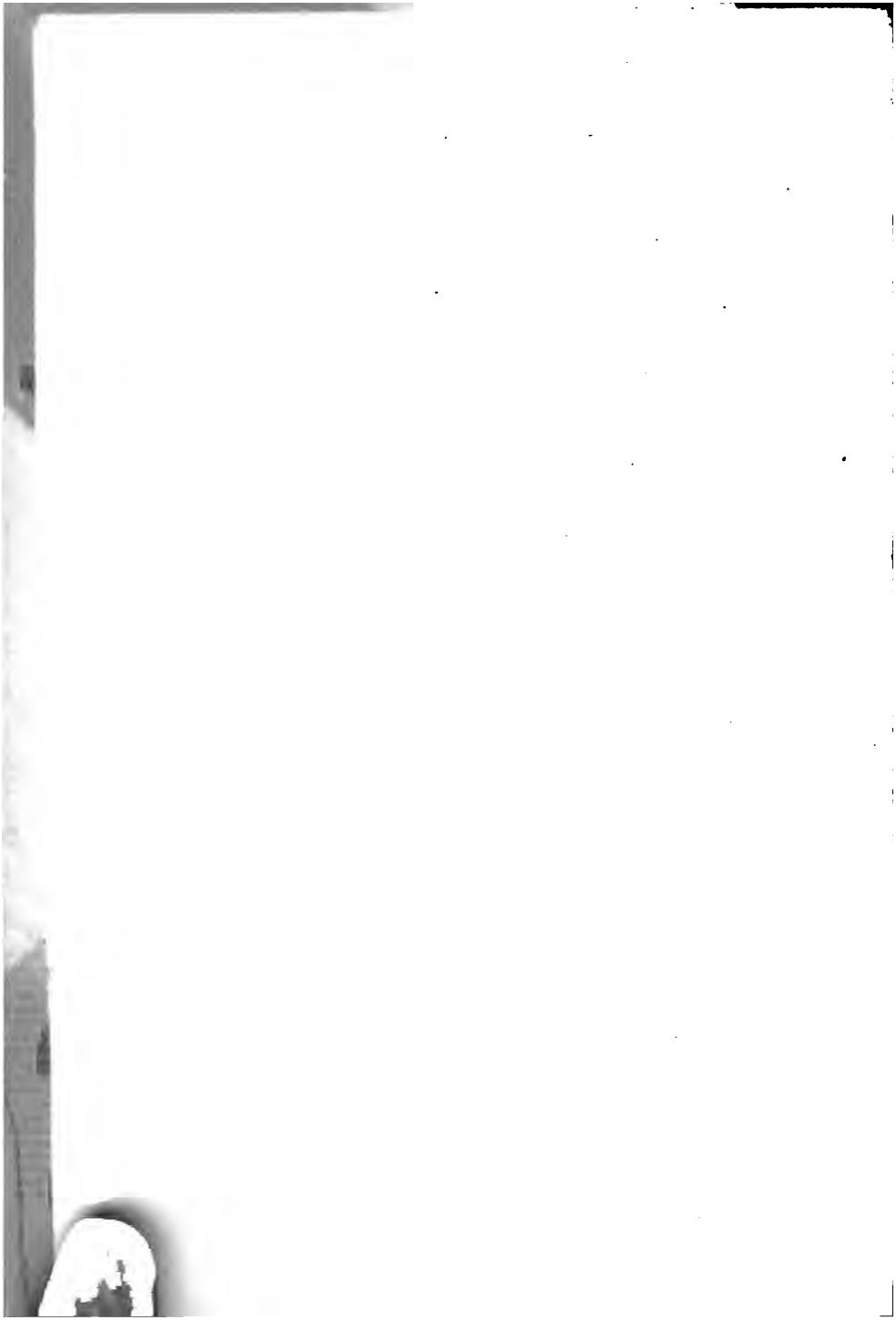
EN PRENSA

Tomos VIII, IX y IV (tercera edición).

EN PREPARACIÓN

TOMO X

CONDICIONES DE LA PUBLICACIÓN

1.ª La obra comprenderá todo el *Código civil* en tomos de más de 250 páginas en 8.º mayor, comprensivos de una ó varias instituciones, los cuales *pueden adquirirse separadamente*.—2.ª El precio de cada tomo estará en armonía con el número de páginas.—3.ª Los ejemplares encuadernados sufrirán el aumento de **una peseta** sobre el precio de los mismos en rústica.—4.ª Los señores suscriptores á *toda la obra* gozarán de notables ventajas con relación á los que adquieran los tomos separadamente.—5.ª Los señores libreros de Madrid obtendrán un descuento de **25** por **100** al contado sobre el precio respectivo de cada tomo. 6.ª Los señores libreros de fuera de Madrid disfrutarán del mismo descuento sobre el precio respectivo de cada tomo en provincias y Ultramar.—7.ª No respondemos del extravío de ejemplares remitidos fuera de Madrid, que vayan sin certificar, no siendo de nuestra cuenta los gastos del certificado.

ADVERTENCIA. Los pedidos se dirigirán á D. Luis Antonio Martínez, Correo, 4, tercero, Madrid (teléfono 791), verificando el pago adelantado, en letras de fácil cobro, libranzas del Giro mutuo ó sellos de comunicaciones.